

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA ÇOCUK İŞÇİ KAVRAMI VE ÇOCUK
İŞÇİNİN HAKLARI**

Şebnem KILIÇ

108614043

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Danışman: Doç. Dr. Kübra Doğan YENİSEY

2011

ÖZ

Tezde Türk İş Hukukunda çocuk işçi kavramı ve çocuk işçinin hakları incelenmiştir. Bu kapsamda giriş kısmında konunun neden önemli olduğunu açıklanmaya çalışılmış ve genel geçer bir çocuk tanımı olmadığı, çocuk kavramının Aydınlanma Çağı'nın sonrasında günümüzdeki anlamına ulaştığı ve hala dönüşüm geçirmekte olduğu sonucuna varılmıştır. Bu tanım sorunu, uluslararası kurumların yaşadığı tanım sorunlarında da kendini gösterdiği için önemlidir. Birinci bölümde ise uluslararası düzenlemelerde çocuk işçinin nasıl tanımlandığı incelenmiştir. Aynı bölüm içinde çocuk çalışmasıyla ilgili Türk Hukukunda, İş Hukuku dışında kalan alanlardaki çocuk tanımı ve çocuk işçi benzerleri incelenmiştir. Uluslararası düzenlemelerde çocuk işçi kavramının sadece ILO tarafından açıkça tanımlandığı, kimi zaman ILO'nun dahi istatistikî verileri toplarken bu tanımdan saptığı görülmüştür. Buna göre ILO, kural olarak belirlenen standartların altında çalışmayı çocuk işçiliği olarak tanımlamaktadır. Ulusal düzenlemeler açısından ise 4857 sayılı İş Kanunu'na gelinceye kadar çocuk işçi tanımına mevzuatımızda yer verilmemiştir. İkinci bölümde incelenen 4857 sayılı İş Kanunu ise çocuk işçiyi, 14 yaşını bitirmiş 15'ini tamamlamamış ve ilköğrenimini bitirmiş çocuk olarak tanımlamıştır. Bu tanım uluslararası alandaki çocuk işçi tanımını karşılamamaktadır. Türk Hukuku'ndaki çocuk işçi kavramı 'çocuk işçiliği ile mücadele' politikalarında da karışıklıklara sebep olunmaması için uluslararası düzenlemelerle paralel hale getirilmelidir. Kanımızca çalışan çocuklara ilişkin düzenlemeler tek kanun altında toplanmalı, bu kanunun belirlediği yeknesak düzenlemelere aykırı çalışan çocuklar da çocuk işçi kabul edilmelidir. Konunun tek bir kanun tarafından düzenlenmesi hem hukukun korumasında olan çocukların kapsamını genişletecek, hem de belirlenen standartların altındaki tüm çalışma biçimlerinin, çalışmanın hangi kanuna tabi olduğuna bakılmaksızın çocuk işçiliği sayılmasını mümkün kılacaktır. Böylece iç hukukla uluslararası düzenlemeler ve de çocuk işçiliği ile mücadele politikaları ile uyum sağlanmış olacaktır.

ABSTRACT

The thesis presented focused on the definition of child labour in Turkish Labour Law and the rights related to the concept. It was found in the introduction section that there is no common definition of childhood and the current conception substantially is based on the childhood definition of Enlightenment Age. This ambiguity also correspond the complexity in international law regulations related to child labour. As to the purpose of the first section, it was to investigate the definition of the child labour in international law. Another aim was to find out in Turkish Law whether the child labour was defined. It was examined that child labour distinctly defined by ILO and it refers to the employment of children below a certain age and conditions in which are considered illegal by law. It was also examined that in Turkish Law, child labour is exclusively defined by The Labour Act Nr. 4857. As an output of the first section, in the second section the child labor definition of Act Nr. 4857 was followed up. Act Nr. 4857 defines the child labour as children who have not completed the age of 15, but have completed the full age of 14 and their primary education and only if they have been employed in the light work. Finally, the comparison between two sections of thesis showed that the definition of child labour in Turkish Labour Law was not compatible with the definition of international law regulations especially ILO. The principle conclusion was that the regulations on the protection of child labour should be gathered into unique Code and that regulation should be uniform for any children who are working in illegal conditions. Therefore the conformity among international law and domestic law and of international programmes on the elimination of child labour could be obtained.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	vi
KAYNAKÇA.....	vi
GİRİŞ.....	1
I. Konunun Önemi.....	1
II. Çocuk Kavramının Tarihi.....	5
III. Çocuğun Çalışma Hayatındaki Yeri.....	11
IV. Konunun Sınırlanması.....	17

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK İŞÇİ

§ 1. Uluslararası Düzenlemelerde Çocuk İşçi Tanımı.....	19
I. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri.....	20
A. Çocuk Hakları Sözleşmesi.....	20
1. Sözleşme'nin Çocuk Tanımı.....	23
2. Çalışan Çocuklara İlişkin Koruma.....	25
3. Çocuğun Yüksek Yararı.....	29
B. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi.....	31
1. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 13 ve 18 numaralı Genel Yorum Kararları.....	32
2. BM İnsan Hakları Komitesi 17 numaralı Genel Yorum Kararı.....	34
II. ILO Düzenlemeleri.....	35
A. Tarihi Gelişim.....	35
B. ILO'da Yeni Yaklaşım: 1999 tarihli 182 sayılı Sözleşme.....	40
C. Tanım Sorunu.....	45
1. ILO Sözleşmelerine Göre Çocuk İşçi.....	45
2. ILO İstatistiklerine Göre Çocuk İşçi.....	47
III. Avrupa Konseyi ve AB Düzenlemeleri.....	50
A. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı.....	50

B.	Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi.....	54
C.	Avrupa Birliği Düzenlemeleri.....	55
§ 2.	Hukumumuzda Çocuk İşçi Tanımı	61
I.	Anayasa'daki Çocuk Tanımı.....	61
II.	Medeni Kanun'daki Çocuk Tanımı.....	63
A.	Hak Ehliyetinin - Kişiliğın Kazanılması	63
B.	Fiil Ehliyetinin Kazanılması	64
1.	Fiil Ehliyeti Bakımından Çocukların Ayırımı.....	65
2.	Sınırlı Ehliyetsizler	66
3.	Medeni Kanun'da Çocuğın Yüksek Yararı.....	69
III.	Çalışma Hayatı ile İlişkili Diğer Kanunlardaki Çocuk Tanımı.....	70
A.	222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nda Çocuk	70
B.	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk	70
C.	2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nda Çocuk.....	71
IV.	Çocuk İşçi Benzerleri.....	72
A.	Stajyer	73
B.	Çırak.....	74
1.	Çırağın Hukuki Statüsü.....	74
2.	3308 sayılı MEK Kapsamında Çırak	76
3.	Borçlar Kanunu Kapsamında Çırak	78
V.	Değerlendirme.....	80

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ÇOCUK İŞÇİNİN KORUNMASI

§ 3.	İş Hukuku Düzenlemelerinde Çocuk İşçi	83
§ 4.	İş Sözleşmesinin Kurulması ve Çocuk İşçi.....	88
I.	Sözleşme Görüşmelerinde Çocuklara Yönelik Korumalar	89
A.	Sözleşme Görüşmelerinde Usul	89
B.	Sözleşme Şekli	90
II.	Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Düzenlemeler	91
A.	İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar.....	92
1.	Düzenlemelerin Kapsamı	92
2.	Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Farklı Düzenlemeler.....	93

B.	İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar	95
1.	Deniz İş Kanunu Kapsamında.....	95
2.	Basın İş Kanunu Kapsamında	96
3.	Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında	97
C.	Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Düzenlemelerin İş Sözleşmesine Etkisi	99
III.	İşverenin Niteliğine Yönelik Sınırlamalar	102
§ 5.	İş Sözleşmesinin Uygulanması ve Çocuk İşçi	103
I.	Çalıştırma Türleri Bakımından Çocukların Korunması.....	103
A.	İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar.....	103
1.	Gece Çalıştırılma Yasağı	103
2.	Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılma Yasağı	105
3.	Yeraltı ve Sualtı İşlerinde Çalıştırılma Yasağı.....	107
B.	İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar	107
1.	Deniz İş Kanunu Kapsamında.....	107
2.	Basın İş Kanunu Kapsamında	108
3.	Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında	108
II.	İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Bakımından Çocukların Korunması.....	110
A.	İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar.....	110
1.	İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Düzenlemelerin Önemi ve Kapsamı... 110	
2.	İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Düzenlemeler	114
a)	İşe başlarken sağlık muayenesi	114
b)	İşin devamında periyodik sağlık muayenesi	116
B.	İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar	118
1.	Deniz İş Kanunu Kapsamında.....	118
2.	Basın İş Kanunu Kapsamında	119
3.	Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında	119
III.	Çalışma Süreleri Bakımından Çocukların Korunması	120
A.	İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar.....	120
B.	İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar	123
1.	Deniz İş Kanunu Kapsamında.....	123
2.	Basın İş Kanunu Kapsamında	124
3.	Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında	125
IV.	Dinlenme Hakkı Bakımından Çocukların Korunması	126

A.	İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar.....	126
B.	İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar	128
1.	Deniz İş Kanunu Kapsamında.....	128
2.	Basın İş Kanunu Kapsamında	130
3.	Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu Kapsamında.....	130
V.	Çocukların Kişilik Haklarının ve Kişisel Verilerinin Korunması.....	132
A.	Çocukların Kişilik Haklarının Korunması	132
B.	Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması.....	133
VI.	Ücret Bakımından Çalışan Çocukların Korunması	136
A.	Asgari Ücret	137
B.	Ücret Üzerinde Tasarruf Hakkı	139
C.	Ücretin Ödenmemesine Karşı Korunma ve Ücret Güvencesi.....	140
§ 6.	İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Değişikliği Halinde Çocuk İşçi	141
I.	Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Değişiklik	141
II.	Sözleşmenin Feshi ve Kıdem Tazminatına Hak Kazanma	142
§ 7.	Sendikal Haklar Bakımından Çalışan Çocukların Korunması	145
§ 8.	Sosyal Güvenlik Hakkı Bakımından Çalışan Çocukların Korunması	147
I.	Çocuk ile Çalışan Çocuk Ayırımı	148
II.	Kısa Vadeli Sigorta Kolları Açısından Hak Sahipliği.....	150
A.	Kısmen Sigortalı Sayılanlar	150
1.	Çıraklar	151
2.	Mesleki Eğitim Gören Öğrenciler ve Stajyerler.....	152
3.	Üniversitelerde Kısmi Zamanlı Çalışan Öğrenciler	153
B.	Bildirim Süreleri Açısından	155
III.	Uzun Vadeli Sigorta Kolları Açısından Hak Sahipliği	155
IV.	Sigortalı Sayılmayanlar	157
	GENEL DEĞERLENDİRME	160

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ATİş Yönt.	: Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği
BM	: Birleşmiş Milletler
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
dn.	: dipnot
GGASS	: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ILO	: International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
IPEC	: ILO Çocuk İşçiliğinin Sona Erdirilmesi Uluslararası Programı
İşK.	: İş Kanunu
İşMahK.	: İş Mahkemeleri Kanunu
Legal-İHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
Karş.	: Karşılaştırmamız
md.	: madde

No	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SenK.	: Sendikalar Kanunu
SSİşl. Yönt.	: Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
TİSGLK.	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
UHK	: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
UNDP	: Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Yönt.	: Yönetmelik
yy.	: Yüzyıl
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu

KAYNAKÇA

Açıkalin, Neriman, Yoksulluk ve Genç Kuşakların Toplumsal Hareketlilik Şansları: İstanbul ve Gaziantep Örnekleri, Çalışma ve Toplum 2008/2, s. 131-154.

Akın, Levent, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, AÜHFCD C:54, S:1, 2005, s. 1-60.

Aksoy, Hüseyin Can, Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.

Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan Senyen, E. Tuncay, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, İstanbul 2010.

Aybay, Aydın/Aybay, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları İstanbul 2003.

Aydın, Ufuk, İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümlülüğü, TMK 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 491-504.

Aydınlı, İbrahim, İşverenin Koruma Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemelerin Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S:1-2, 2004, s. 51-65.

Bakırcı, Kadriye, Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

Ballar, Suat, Çocuk Hakları, Beta Yayınevi, İstanbul 1998.

Blanpain, Roger, European Labour Law, Kluwer Law International, the NL, 2010.

Bumin, Kürşat, Batıda Devlet ve Çocuk, Alan Yayıncılık, İstanbul 1983.

Centel, Tankut, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1982. (Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği)

Centel, Tankut, Sekiz Yıllık Temel Eğitim ve Asgari Çalışma Yaşı, Turhan Esener'e Armağan İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000.

Centel, Tankut, 182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi, TÜHİS 2002, s. 10-17.

Centel, Tankut, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, Sayı: 5, Cilt: 19, s. 2-46.

Centel, Tankut/Tunçomağ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003.

Cullen, Holly, The Role of International Law in the Elimination of Child Labor, Martinnus Nijhoff Publishers, the Procedural Aspects of International Law Monograph Series Volume 28, Leiden, 2007.

Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010.

Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1976.

Çolak, Ömer Faruk, Küreselleşme, Beşeri Sermaye ve Çocuk İşgücü, TİSK Yayın No: 177, İstanbul 1999.

Demircioğlu, Murat/Tankut, Centel, İş Hukuku, 12. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

Erdoğmuş, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, DER Yayınları, İstanbul 2009.

Ertan, İ. Mert, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukukunda Asgari Çıraklık Yaşı, Çalışma ve Toplum, 2008/2, s. 173-198.

Ertürk, Şükran, İş İlişkinde Temel Haklar, Ankara 2002.

Eyrenci, Öner, Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Sendikaların Rolü, Sendikalar ve Çalışan Çocuklar Semineri, Türk-İş Yayını, Adapazarı 1993.

Franklin, Bob, Çocuk Hakları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993.

Fassa, Anaclaudia/Paker, David L./Scanlon, Thomas J., Child Labour, A Public Health Perspective, Oxford University Press, 2010.

Ferguson, Frances, Reading Morals: Locke and Rousseau on Education and Inequality, University of California Press, 1984.

Freeman, M. D. A., The International Library of Essays on Rights: Children's Rights, Volume I, The Cromwell Press, England 2004.

Marshall, Gordon, A Dictionary of Sociology Oxford University Press, Oxford 1998.

Global Child Labour Developments: Measuring Trends From 2004-2008, ILO, Geneva, 2010.

Gemalmaz, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. ve II. Cilt, İstanbul 2010.

Gökberk, Macit, Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul 1994.

Gökçeoğlu Balcı, Şebnem, Tutunamayanlar ve Hukuk, Dost Yayınları, Ankara 2007.

Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Gürçay/Kumaş, Yasal Düzenlemelerin Engellemediği Gerçek: Üretim Faktörü Olarak Çalışan Çocuk, MESS Mercek Dergisi, Nisan 1999, s. 82-91.

Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2009.

Hekimler, Alpay, Avrupa Adalet Divanı Alman Federal Mahkeme Kararları, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s. 527-532.

Hırş, Ernest E., Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.

İnan, A. Naim, Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1999, s. 703-720.

İnan, A. Naim, Çocuğun ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Mevzuatımızda Yetersizlik ve Giderilme Çareleri, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHFY No:303, Ankara 1972, s. 271-291.

Karabulut, Özcan, Çalışan Çocuklar, Türk-İş Yayını, Ankara 1994.

Karadeniz, Özcan, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, AÜHF Yayınları, No. 396, Ankara 1976.

Kaushal, Lata, Child Labour and Human Rights, A Social Dimension, New Delphi 2010.

Kırca, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD Cilt:50 Sayı:1, Ankara 2001, s. 91-119.

Kutal, Metin, Halid Kemal Elbir'e Armağan, içinde: Türkiye'de İş Hukukunun Gelişme Süreci ve Özellikleri, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1996, s. 223-229.

Küzeci, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.

Lordoğlu, Kuvvet/Erder, Sema, Geleneksel Çıraklıktan Çocuk Emeline: Bir Alan Araştırması, Marmara Üniversitesi, İstanbul 1993.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.

Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, İstanbul 2005.

Öktem /Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, DER Yayınları, İstanbul 2003.

Öz, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Özbek, Oğuz, Yorumları ve Yargı Kararları ile Deniz İş Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

Postman, Neil, Çocukluğun Yokoluşu, İmge Kitabevi, Ankara 1995.

Seçer, Öz, Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi., 2010/28, s. 1425-1453.

Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005.

Sevimli, Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal, İstanbul 2006.

Smolin, David M., Strategic Choices in the International Campaign Against Child Labor, Human Rights Quarterly Volume 22, 2000, s. 942-987.

Sur, Melda, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir 1995.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2009.

Süzek, Sarper, İşçi Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Turhan Esener'e Armağan, Armağan İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 305-324.

Süzek, Sarper, İş Hukukunda Yorum, İnan Kıracı'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No:1, İstanbul 1994, s. 231-237.

Şakar, Müjdat, İş Kanunu Yorumu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2004.

Tuncay, A. Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2010.

Tuncay, A. Can, ILO Normları Işığında Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 91-127.

Tuncay, A. Can, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, Evrim Basım Yayım, İstanbul 1989.

Tuncay, A. Can, İşçilere Eşit Davranma İlkesi ve Türkiye'de Uygulama Alanları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İŞ ve SGH Enstitüsü 1981 Yılı Konferanslarından Ayrıbasım, İstanbul 1981.

Tuncay, A. Can, Deri İşkolunda Çalışan Çocukların İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, 'Çalışan Çocuklar' yayımı içinde, Türk-İş Yayını, Ankara 1994.

Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal Yayınları, 2. bası, İstanbul 2009.

Tunçomağ, Kenan, İş Hukuku Cilt I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979.

Ulucan, Devrim, Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi, Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 203-217.

Uşan, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.

Uşan, Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994.

Uşan, Fatih, Çıraklık Alanında Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, Sayı 1, Cilt 17, Ocak 2003, s.19-29.

Uyar, Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul 2006

Yenisey, Kübra Doğan, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

Yürekli, Sabahattin, Çıraklık Kavramı, Çırakların Sosyal Güvenliği ve Çıraklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 718, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Yayın No: 4207, İstanbul 1999.

Weston, Burns H., Child Labor and Human Rights, Making Children Matter, London 2005.

İNTERNET KAYNAKLARI

Yapıcı/Yapıcı, Bir Değer Olarak Çocukluk, Bilim, Eğitim ve Düşünce Dergisi, Aralık 2004, Cilt 4, Sayı 4: <http://www.universite-toplum.org/text.php3?id=205>

www.kazanci.com.tr

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:243:0041:0041:EN:PDF>.

Resolution Concerning Statistics of Child Labour:

http://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/standards-and-guidelines/resolutions-adopted-by-international-conferences-of-labour-statisticians/WCMS_112458/lang--en/index.htm.

ILO veritabanı:

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_138.htm

<http://www.universite-toplum.org>

<http://muse.jhu.edu/journals/hrq/summary/v022/22.4smolin.html>

www.calismatoplum.org

Literature of Liberty, Erişim tarihi: 5.6.20011:

http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=1298&chapter=101131&layout=html&Itemid=27

Eğitim- Sen Araştırması : <http://bianet.org/bianet/cocuk/118871-sanayide-cocuklar-somuruluyor-siddet-goruyor>

BM İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum Kararı 18, E/C.12/GC/18:
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> Erişim tarihi:5.6.2011.

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> Erişim Tarihi:
5.6.2011.

Conclusion XVII-2- Spain, Erişim tarihi: 5.6.2011.
http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXVII2_en.pdf

Conclusion XVII-2- Turkey, Erişim tarihi: 5.6.2011:
http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/TurkeyXVII2_en.pdf

Çocuk Hakları Komitesi'nin 5 numaralı Genel Yorum Kararı CRC/GC/2003/5:
<http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/14/PDF/G0345514.pdf?OpenElement> Erişim tarihi: 5.6.2011.

GİRİŞ

I. Konunun Önemi

Çocuk işçiliğine ilişkin en erken düzenleme olarak, 1284 tarihli Venedikli cam tüccarları loncasının, cam ticaretinin tehlikeli işlerinde çocukların kullanılmasını yasaklayan kuralı gösterilmektedir¹. Ancak çocuk işçiliği konusu yaklaşık bir yüzyıl önce uluslararası hukukun dikkatini çekebilmiştir. Ulusal hukuk sistemlerini ise bundan biraz daha fazla zamandır meşgul etmektedir.

20. yy'ın başından günümüze kadar çocuk işçileri koruyan birçok düzenleme kabul edilmiştir. Buna rağmen ILO'nun 2008 yılı verilerine göre, 5-14 yaş aralığında 176 milyon çocuğun çalıştırıldığı tahmin edilmektedir². Son yirmi yıldır çocuk çalışmasıyla mücadelede gözle görülür değişiklikler olmuştur. Süreç içinde önce çocukların erken yaşta çalıştırılmaması için asgari çalışma yaşı belirlenmesi, daha sonra ise çocuklar açısından en zararlı çalışma biçimlerinin belirlenmesi ve ayıklanması yoluna gidilmiştir. 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin ILO Sözleşmesi'ne giderek azalan ilgi ve ILO'nun 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi'nin geniş çaplı kabulü bu eğilimi ispatlar niteliktedir³.

İşleyen bir demokraside ve sosyal devlet içinde her yurttaşın temel gereksinimlerinin karşılanması, sağlıklı yurttaşların çalışmasının ve çocukların

¹ Fassa/Paker/Scanlon, Child Labour, A Public Health Perspective, Oxford University Press, 2010, s.1.

² Global Child Labour Developments, Measuring Trends From 2004-2008, ILO, 2010, s. 4.

³ Fassa/Paker/Scanlon, s.2.

eğitim hayatında yer almasının hedeflenmesi gereği kabul gormektedir⁴. Bu açıdan bakıldığında ocuk işgücünün ekonomik sömürüsünün önemli bir insan hakları sorunu olduğu kabul edilmekte ve sonuçlarının ağırlığı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır⁵. Çocuklar açısından çalışmak demek, daha yeterli donanıma sahip olamadan bir yetişkin gibi hayat mücadelesi içine girmek demektir. Bu da kısa ve uzun vadede birçok olumsuz sonuç dođurmaktadır⁶.

ocuk işçilerin işyerinde maruz kaldıkları şiddet ise bir hak ihlali olmakla beraber ayrı bir çalışma konusu olacak kadar geniş olduğu için tez kapsamında incelenmeyecektir. Diğer taraftan bir başka sorun, çalışma hayatının kayıt dışı sektörlerinde çalışan çocukların görünmez olmasıdır.

ILO'nun da önemle vurguladığı husus tehlikeli koşullarda çalışan çocukların fark edilmez konumda olmalarıdır. ILO'ya göre modern toplumların ve hükümetlerin ocuk işçiliğinin en zararlı biçimleri konusunda daha aktif davranmamalarının bir nedeni de bu şekilde çalışan çocukların göz önünde olmamalarıdır⁷.

Görünür olsun ya da olmasın, uygulamada ocuk çalıştırılmasının çeşitli sebepleri vardır. alışan ocukların ücretleri genelde elden nakit verildiğinden bu çocuklar çoğu zaman kayıtlara girmez. Hukuken bir zorunluluk olsa da uygulamada çalışan çocukların sigorta primleri genelde ödenmemekte ve ocuk işçiler sendikali işyerlerinde bile bir sendikaya üye olmamakta ya da üye olmaya kalkıřmamaktadır⁸. İşverenlerin ucuz ve gündelik işgücü arayışları, geniş çaplı

⁴ **Gökçeoğlu Balcı, şebnem**, Tutunamayanlar ve Hukuk, Dost Yayınları, Ankara 2007, s. 36.

⁵ **Cullen, Holly**, The Role of International Law in the Elimination of Child Labor, Martinus Nijhoff Publishers, the Procedural Aspects of International Law Monograph Series Volume 28, Leiden, 2007, s. 118 vd.; **Smolin, David M.**, Strategic Choices in the International Campaign Against Child Labor, Human Rights Quarterly Volume 22, 2000, s. 943; ErişimTarihi: 19.3.2011, s. 946; **Weston, Burns H.**, Child Labor and Human Rights, Making Children Matter, London 2005, s. 87; ocuk Haklarına Dair Szleşme Uygulama Elkitabı, s 434 vd.

⁶ **Açıkalin, Neriman**, Yoksulluk ve Genç Kuşakların Toplumsal Hareketlilik şansları: İstanbul ve Gaziantep Örnekleri, alışma ve Toplum 2008/2, s. 151.

⁷ ocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı, UNICEF yayını, Ankara 1998, s. 429.

⁸ **Franklin, Bob**, ocuk Hakları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993, s. 162.

aile yoksulluğu ile birleşerek sorunu şiddetlendirmektedir⁹. Bu nedenle çocukları çalışmaya iten yoksulluk sorunu kadar, yoksulluğu doğuran nedenlerin de tartışılması gerekmektedir. Ayrıca bir iş ilişkisine bağlı olarak çalışmamakla beraber, kendi hesabına çalışan çocuklar İş Hukukunun koruyucu düzenlemelerinden yararlanamamaktadır.

Çalıştığı halde hukuk sisteminin koruması dışında kalan bu çocuklar dışlanan bir grubu oluşturmaktadır. Dışlanan bu çocuklar, toplum içindeki diğer gruplar gibi sosyal ve kültürel alanlara katılmak için gerekli olan kaynaklardan yoksundurlar¹⁰. Oluşan bu durumun çocuklar açısından önemi, içinde buldukları yoksulluğun artık geçici bir durum olmaktan çıkıp kalıcı hale gelmesidir¹¹.

Çalışan çocukların dışlanan grubunun içinde sayabileceğimiz bu çocuklar fakir ve muhtaç duruma düştüklerinde devreye girebilecek kanunlar çalışma hayatını düzenleyen kanunlar değildir. Bu çocukların başvurabilecekleri düzenlemeler, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşmayı ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu¹² ile sosyal hizmet alanında 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'dur¹³.

Çocuk çalışması ile ilgili önemli bir sorun da kayıt dışı çalışma oranının yüksek olmasıdır. Kanunlar tarafından düzenlenen işlerde çalışmakla beraber, örneğin sanayide çalışmakta olduğu halde kayıt dışı çalıştırılan çocuklar da vardır. 1 Ocak 2009-30 Haziran 2009 tarihleri arasında Eğitim-Sen'in sanayide çalıştırılan 300 çocuk arasında yaptığı çalışma kayıt dışı sektörde çalışan çocuk sorununu gözler önüne sermektedir. Araştırmaya göre, çocukların yüzde 64'ü günde 11-14 saat çalıştırılmaktadır. Yasa dışı olmasına rağmen işe başlama yaşı 11 olarak gözükmektedir. Ortalama ücretleri ayda ortalama 250 ile 400 TL arasında

⁹ Franklin, s. 163.

¹⁰ Gökçeoğlu Balcı, s. 51.

¹¹ Gökçeoğlu Balcı, s. 134-135.

¹² RG: 14.06.1986, No: 19134.

¹³ RG: 27.05.1983, No: 18059.

değişmektedir. Çocuklarının dörtte biri ise halihazırda iş kazası geçirmiş durumdadır¹⁴. UNDP'nin Gençliğin Durumu Araştırması da genç işçilerin % 22'sinin, çalışmaya başlamanın yasal yaşı olan 15 yaşından önce çalışma hayatına girdiğini göstermektedir¹⁵.

UNDP raporuna göre, ‘...(B)irçok genç başka seçenekler olduğunun farkına varamadan veya kentsel iş gücü piyasasının talep ettiği becerilere sahip olmadan büyük şehirlere göç etmektedir.’¹⁶ Yine UNDP verilerine göre gençlerin yarısından fazlası devletin sağladığı burs, kredi gibi imkanlardan haberdar olmadan yaşamını sürdürmekte, çocuklar okul öncesi eğitimden yararlanamamaktadır¹⁷. Okulu terk etme oranları özellikle kızlar arasında ve çoğunlukla ekonomik nedenlerle olmak üzere oldukça yüksektir ki okullaşma oranı konu açısından önem taşımaktadır. Zira okullaşma ve temel öğrenim yükümü çocukların çalışma yaşamından uzak tutulabilmesinin bir önkoşulu olduğu kabul edilmektedir. Okullaşma, çocukların istihdamını engelleyerek hukuki düzenlemelerin fiili durumla uyumlulaştırılması kolaylaştırır¹⁸.

UNDP Raporu ve Eğitim-Sen’in araştırmaları, kanun düzenlemeleri ile uygulama arasındaki farkı gözler önüne sermektedir. Üstelik yapılan araştırmalara göre yetişkinlere oranla çocuklar ve gençler işyeri risklerinden iki kat daha fazla etkilenmektedir. Bu da ciddi sağlık sorunlarını beraberinde getirmektedir¹⁹. Çocuk işçilerin çalışma hayatında yer alma oranları ve bu oranların yüksekliği ileriki yıllarda sağlıksız kuşakların yetişmesine sebep olma riskini de beraberinde getirmekte ve yeni sorunlara da kapı aralamaktadır.

¹⁴ <http://bianet.org/bianet/cocuk/118871-sanayide-cocuklar-somuruluyor-siddet-goruyor>, Erişim Tarihi: 29.10.2010.

¹⁵ UNDP 2009 Türkiye’de Gençlik Raporu, s. 29. Araştırmada bu kişiler çırak olarak nitelense de söz konusu çocukların içinde buldukları hukuki ilişkinin niteliği somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bak. Birinci Bölüm, s. 74 vd.

¹⁶ UNDP 2009 Türkiye’de Gençlik Raporu, s. 14.

¹⁷ UNDP 2009 Türkiye’de Gençlik Raporu, s. 15.

¹⁸ **Centel, Tankut**, Sekiz Yıllık Temel Eğitim ve Asgari Çalışma Yaşı, Turhan Esener’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 293.

¹⁹ UNDP 2009 Türkiye’de Gençlik Raporu, s. 7.

Olası sorunları bertaraf etmek ve çocuk işçiliği ile fiiliyatta da mücadele etmek için, ILO'nun Çocuk İşçiliğini Ortadan Kaldırma Uluslararası Programı (IPEC) ile işbirliği kurarak doğrudan harekete geçen ilk altı ülkeden biri de Türkiye'dir. 1992-2007 yılları arasındaki teknik işbirliği çerçevesinde hükümet, Türkiye'de çocuk işçiliğini ortadan kaldırmak için ulusal öncelikleri ve hedefleri açık seçik belirleyen çok yönlü politikalar geliştirerek çocuk işçiliğini bir ölçüde azaltmayı başarmıştır. Yine de 2006 yılında ILO/IPEC tarafından desteklenen ve TÜİK tarafından yürütülen Çocuk İşçiliği Araştırması önemli rakamlar ortaya koymaktadır. Buna göre çalışan çocukların oranı % 5,1'den % 2,6'ya inmekle beraber, 6-14 yaş arasındaki 12.478.000 çocuktan 320.000'i halen çalışmaktadır. Tüm çalışan çocukların % 41'i tarımda, % 28'i sanayide ve % 22'si ticarete ve % 9'u hizmet sektöründe çalışmasını sürdürmektedir²⁰.

II. Çocuk Kavramının Tarihi

Bugünkü anlamıyla çocuk, oldukça yeni, son dört yüz yıla ait ve Avrupa kaynaklı bir kavramdır²¹. Bunun öncesinde ise eski çağlarda, örneğin Aristo, çocukluğu bir felaket olarak değerlendiriyor, çocuğun hareketlerine akli yön vermediği için erdeme ulaşamayacağını savunuyordu. Augustin'e göre ise çocukluk günahkarlıkla bir tutuluyor, hatta çocuğun iyiliğe yatkınlık gibi olumlu özellikleri dahi onun zayıflığına bağlanıyordu²². Bütün Ortaçağ boyunca, çocuklar bir büyük adam minyatürü olarak algılanmış, yetişkinlerden ayrı bir kişiliğe sahip olmaksızın yetişkinlerin bir prototipi olarak görülmüştür²³. Bu dönemde çocukluğun yedi yaşında sona ereceği kabul edilmiştir.

²⁰ UNDP 2009 Türkiye'de Gençlik Raporu, s. 67.

²¹ **Ballar, Suat**, Çocuk Hakları, İstanbul 1998, s. 15; **Franklin**, s. 23.

²² **Bumin, Kürşat**, Batıda Devlet ve Çocuk, Alan Yayıncılık, İstanbul 1983, s. 20; **Franklin**, s. 24.

²³ **Bumin**, s. 21.

Bu algı Aydınlanma Çağı'na kadar devam etmiştir. Ortaçağ'a ait yedi yaşında sona eren çocukluk fikri Aydınlanma Çağı ile farklılaşmıştır²⁴. Aydınlanma Çağı, «çocuk» fikrine giden yolu açmış, ilk aşamada J.Locke'un (1632-1704) *tabula rasa* (boş levha) ilkesiyle ve ardından J.J.Rousseau'nun (1712-1778) *Emil*'i yazmasıyla bu fikir güçlenmiştir²⁵. Zamanla giderek artan bir şekilde çocuk, yetişkin dünyasından ayrılmış, korunmaya muhtaç olan ve yetişkinlerden farklı bir doğası olan bir varlık olarak algılanmaya başlamıştır.

17. yy'a kadar çocuk sözcüğünün belli bir yaş ya da çağı değil bir akrabalığı ifade ettiği, dolayısıyla Ortaçağ'da çocuk fikrinin henüz oluşmamış olduğu, 17. yy sonrasında ise yetişkinliğin yeni tanımının çocukluğu dışlamış olduğu ileri sürülmektedir²⁶. Bu yeni bakış açısı ile çocuklar, negatif bir şekilde 'yetişkin olmayan' olarak tanımlanmaktadır²⁷. Tarihsel süreç içinde bu bakış açısının, yani çocuğun yetişkin (ergin) olmadığı varsayımının pek tartışılmadığı görülmektedir. Çocukluk genelde güçsüzlük, sömürüye elverişlilik ve hukuken tam yetkin olmamak ile bir tutulmaktadır²⁸. Bu durum, Martin Hoyles'un tespitinde belirttiği üzere 'kadınlara ya da siyahlara çocuk gibi muamele edilmesine yönelik öfke sık sık ifade edilirse de çocuklara böyle davranılmasından yakınıldığı pek görülmemektedir' şeklinde eleştirilmektedir²⁹.

Söz konusu varsayımın doğmasındaki en önemli etken Aydınlanma Çağı'nın akla yaptığı vurgudur. Zira Aydınlanma Çağı'nın yönetici idesi akıl idealidir³⁰. 18.yy aydınlanma felsefesinin etkisiyle Aydınlanma Çağı olarak tanımlanan bu

²⁴ **Postman, Neil**, Çocukluğun Yokoluşu, İmge Kitabevi, Ankara 1995, 26.

²⁵ **Postman**, 76; Karş. **Yapıcı/Yapıcı**, Bir Değer Olarak Çocukluk, Bilim, Eğitim ve Düşünce Dergisi, Aralık 2004, Cilt 4, Sayı 4, s. 1-4: <http://www.universite-toplum.org> Erişim tarihi: 26.10.2010.

²⁶ **Franklin**, s. 24; **Postman**, s. 30-33.

²⁷ **Franklin**, s. 22. Yazara göre terim bir kronolojiden çok bir iktidar ilişkisini belirtme eğilimindedir ve başlangıçta düşük statüde olanları tanımlamakta, çocuk nedir sorusu iktidara sahip olanlarca belirlenmektedir.

²⁸ **Serozan, Rona**, Çocuk Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 3. Bununla beraber bu zayıflıkların bazı fiziksel, entelektüel ve psikolojik temelleri olsa da politik sistemin doğurduğu bir fenomen olduğu da ileri sürülmektedir: bak. **Freeman**, s. 33-34.

²⁹ Aktaran: **Franklin**, s. 15.

³⁰ **Gökberk, Macit**, Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul 1994, s. 328.

dönemde, söz konusu düşünce akımı tüm Avrupa'ya yayılmıştır³¹. İnsanın aydınlanması ve kendi hayatının anlamını sorgulaması Aydınlanma Çağı'nın temel problemidir³². Örneğin Kant aydınlanmayı, insanın kendi suçu ile düştüğü bir 'ergin olmayış durumu'ndan aklı ile çıkması olarak tanımlar³³. Böylece 'ergin olma' ile 'aklı kullanma yetisi' arasında ilişki kurulmuştur. Yine bu dönemde insanların akıl ile kavradığı zorunlulukla bir arada yaşadığına ve akla dayanarak toplum sözleşmesini kurduğuna ilişkin sosyal sözleşme doktrini Locke ve Rousseau tarafından savunulmuştur³⁴.

Çocukların toplum sözleşmesinin neresinde yer alacağı bu noktada tartışma konusu olmuştur. Çocukların ayırt etme gücüne sınırlı şekilde sahip olmasının gerekçesi olarak ergin olmamaları ve tümüyle özerklik için gerekli olan rasyonalite, bilgi ve deneyimden yoksun olmaları gösterilmiştir³⁵. Bu konuda Locke'un yargısı çok açıktır, Locke özgürlüğün makul ayrımlar yapma yeteneğine bağlı olduğunu ve yaşla beraber rasyonalitenin de geliştiğini belirtmektedir³⁶. Dolayısıyla belli bir yaşa gelmemiş, gerekli rasyonaliteye sahip olmayan çocuk makul ayrımlar yapma yeteneğine sahip olmadığından özgür sayılmayacaktır.

Bununla birlikte Locke, insan doğduğu anda boş bir levha gibidir diyerek o dönemde kabul gören insanın doğuştan günahkar olduğuna ilişkin inancı sarsmıştır. Ardından Rousseau'nun Emil'i yazması ile birlikte çocuğun yetişkinlerden farklı, kendine has bağımsız bir varlık olduğu gerçeği yavaş yavaş Batı eğitim kurumlarının yapı ve anlayışını, ailenin ve devletin çocuğa bakışını

³¹ **Gökberk**, s. 329.

³² **Gökberk**, s. 325.

³³ Aktaran: **Gökberk**, s. 326 vd.

³⁴ **Öktem/Türkbağ**, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, DER Yayınları, İstanbul 2003, s. 417. Bununla birlikte 'toplum sözleşmesi' fikri çok eskidir ve ilk kez Rousseau ve Locke tarafından ele alınmış değildir. Bak. **Hırş Ernest E.**, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, 122.

³⁵ **Franklin**, s. 40. Yazar, ilgili yerde daha çok politik özerkliği kastetmektedir.

³⁶ **Franklin**, s. 41. Locke, Some Thoughts Concerning Education adlı eserinde çocukların tam bir eşitlik durumu içinde doğmadığını ancak bu durumun geçici olduğunu, çocukların bu eşitlik durumuna geçmek için (not born in this full state of equality, though they are born to it) doğduğunu ifade etmektedir. Aktaran: **Ferguson, Frances**, Reading Morals: Locke and Rousseau on Education and Inequality, University of California Press, s. 69.

değiştirmeye başlamıştır. Böylece 18. yy'dan itibaren Batı toplumlarında çocuk güvenilir bir varlık olmaktan çıkarak saflığın ve sevgiye muhtaçlığın öznesi haline gelmiştir³⁷. Bu dönemde okullar çocukları yetişkinliğe hazırlamak için tasarlanmış, dolayısıyla çocuklar *biçimlenmemiş yetişkinler* olarak görülmeye başlanmıştır³⁸.

Sanayi Devrimi ile birlikte, ABD ve İngiltere gibi gelişmekte olan sanayi ülkelerinde, Sanayi Devrimi'nin dolaylı sonucu olarak entelektüel bir devrim yaşanmış ve çocuklar eğitim hayatına yönlendirilmiştir³⁹. Bununla beraber tüm çocukların eğitim hayatına yönlendirilmeleri hemen gerçekleşmemiş, önce üst sınıfların çocuklarının 'çocukluk'ları keşfedilmiş, alt sınıflarınki ise nispeten daha geç fark edilmiş, fabrikalar için gerekli emeğin önemli bir unsurunu oluşturan alt sınıfların çocuklarının da 'çocuk' olarak algılanması zaman almıştır⁴⁰.

Çocukların önce korunmaya ihtiyacı olduğu kabul görmüş ardından hak sahibi olduklarının kabulü ile süreç devam etmiştir. Çocuk hakları, çocukları fiziksel, zihinsel ve duygusal olarak sömürüden korumaya yönelik olarak onlara özerklik tanımının yanında bakım ve korunma haklarını da içerir. Haklar da genelde koruma hakları, bakım ve özerklik (temsil) hakları olarak üçe ayrılmıştır. *Franklin*, dörtlü bir gruplandırma yaparak refah haklarını da sınıflandırmaya ekler ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde refah haklarının en açık ifadesini bulduğunu savunur. Bununla beraber *Franklin* de korumacı haklar ile refah haklarının birlikte değerlendirilebileceğini kabul etmiştir⁴¹. Çocuk haklarına

³⁷ **Bumin**, s.45.; **Yapıcı/Yapıcı**, s. 2-4.

³⁸ **Postman**, s. 58. Yazara göre çocukların biçimlenmemiş olması açısından Aydınlanma Çağı'nın önemli düşünürleri olan Locke ve Rousseau birbirinden ayrılmaktadır. Locke'a göre zihnin başlangıçta boş levha (tabula rasa) olması devlete ve aileye büyük bir sorumluluk yüklemektedir (s. 77). Rousseau'nun çocukluğu bir araç olarak değil kendi içinde önemli olarak nitelenmesi ise Locke'un görüşünden önemli ölçüde ayrılır (s. 78). Yazara göre, Locke'daki bir ekleme, Rousseau'daki ise bir çıkarma sürecidir (s. 81).

³⁹ **Ferguson**, s. 66.

⁴⁰ **Bumin**, s. 48 vd.; **Franklin**, s. 26 vd.; **Yapıcı/Yapıcı**, s. 2-4.

⁴¹ Bak. **Franklin**, s. 28, 31 vd.

ilişkin bu üçlü kategori medeni, kültürel, ekonomik, sosyal ve siyasi hakları kapsayan geniş bir haklar yelpazesini kapsamaktadır⁴².

Çocuk haklarını sınıflandırırken farklı kategoriler oluşturmak da mümkündür. Örneğin Çocuk Hakları Bilgi Ağı (Child Rights Information Network/CRIN⁴³) çocuk haklarını iki gruba ayırmaktadır. Buna göre ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ilk grubu oluşturmaktadır. Bunlar sağlık, barınma, beslenme gibi temel insani ihtiyaçları içermektedir. Bunun yanında eğitim hakkı, kültürel haklar ve çalışma hakkı ile çalışan hakları da bu kapsamdadır. Diğer kategoride ise çevre hakları ve gelişme hakları yer almaktadır. Çevre ve gelişme haklarını içeren bu ikinci grup, uluslararası hukuk tarafından üçüncü kuşak haklar olarak tanımlanan hakları kapsamaktadır⁴⁴.

Çocukların haklarının sınıflandırılmasında olduğu gibi çocuk hakları teorilerinde de üçlü bir kategori oluşturulmuştur. Bu üç ortodoks görüş, çocuğun aile içinde bakım ve gözetimine ağırlık veren «ebeveynçi (parentalist) görüş», çocuğun katılım haklarına ağırlık veren ve bağımsız bir birey olarak korunması gerektiğine inanan «çocuk-özgürlükçü görüş» ve korumayı ister devlet, ister ebeveynler sağlasın çocuğun bakım ve koruma haklarını öne çıkaran «korumacı (paternalist) görüş» olarak sınıflandırılmaktadır⁴⁵. Söz konusu çocuk hakları teorilerinin konuya yaklaşımı birbirinden farklıdır. Bununla beraber Batı geleneğindeki farklı yaklaşımlardan doğan bu üç ortodoks görüş açısından önemli olan ‘çocuk hakları’

⁴² **Kaushal, Lata**, Child Labour and Human Rights, A Social Dimension, New Delphi 2010, s. 25.

⁴³ 1983 yılında kurulan girişim, dünya çapında 1.600’den fazla sivil toplum kuruluşundan oluşmakta ve Çocuk Hakları Sözleşmesinin uygulanması için savunuculuk yapmaktadır. Bkz. **Kaushal**, s. 33.

⁴⁴ **Kaushal**, s. 26. Diğer aktivist gruplar farklı kategoriler benimseyebilmektedir. Örneğin Uluslararası Af Örgütü dört kategoride savunuculuk yapmaktadır. Bunların ilk ikisi çocuk suçluluğu ile ilgili olup şartlı tahliyeden yoksun hapis cezası ve 21 yaş altı için idam cezasıyla mücadele, çocuk askerlerin kullanımına son verilmesi ve okullarda insan haklarına ilişkin farkındalığın artırılması iken, İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch) çocuk işçiliği, fiziksel cezalar, ceza adalet sistemi gibi konulara eğilmektedir.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bak. **Bakırcı, Kadriye**, Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması, İstanbul 2004, s. 125 vd.; **Franklin**, s. 234 vd. Karş. **Freeman, M. D. A.**, The International Library of Essays on Rights: Children’s Rights, Volume I, The Cromwell Press, England 2004.

kavramının artık kabul görmüş olması ve konunun tartışılmaya başlanmasıdır⁴⁶. Bu tartışmalar devam etmekle beraber, bu sınıflandırmaların birbirini dışlamadığı, aksine bunların birbirlerini tamamladığı, dolayısıyla çocuk haklarının birbirlerinin yerine geçmemesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁷.

Çocukluk kavramına farklı yaklaşımlar mevcut olmakla beraber, çocukluk fikrinin doğuşunun görece yeni bir zaman dilimine rastladığı genel olarak kabul görmektedir⁴⁸. Görüldüğü gibi çocukluk fikri bir toplumsal kurgudur⁴⁹. Dolayısıyla biyolojik olan erginlikten ayrı olarak, toplumsal bir kurgu olan çocukluk fikri tarihin bir döneminde ortaya çıkmıştır⁵⁰. Konuya ilişkin çeşitli tartışmalar sürse de, öncelikle çocukların, çocuk olmaya ihtiyacı olduğu unutulmamalıdır⁵¹. Aydınlanma Çağı'ndan günümüze gelindikçe çocuk ve gençlerin haklarının özel olarak korunması gerektiği kabul edilmiştir⁵².

Görüldüğü üzere çocuk algısı zamanla değişmiştir. Farklı tarihsel dönemlerde farklı algılanan 'çocukluk' ve 'yetişkinlik' kavramları için genel geçer bir yaş aralığı vermek mümkün değildir. Günümüzde de çocukluk, gençlik ve yetişkinlik dönemleri arasındaki ayırım konusunda görüş birliğine varılamamıştır⁵³. Buna paralel olarak, çocukluk gibi çocuk hakları kavramı da halen tanım arayışında bir kavramdır⁵⁴. Birçok araştırmacıya göre çocuk hakları kavramı hala tanımlanamamıştır. En azından kesin olarak kabul edilmiş bir tanım ya da çocuk hakları teorisi bulunmamaktadır⁵⁵.

⁴⁶ **Franklin**, s. 28, 35.

⁴⁷ **Bakırcı**, s. 136 vd.; **Franklin**, s. 34.

⁴⁸ **Postman**, s.16-19 ve yazarın orada aktardığı yazarlar.

⁴⁹ **Postman**, s. 59-60.

⁵⁰ Hatta halihazırda çocukluğun giderek yok olmakta olduğu da ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Postman, Neil**, Çocukluğun Yokoluşu, İmge Kitabevi, Ankara 1995. Karşı görüş için bkz. **Freeman, M. D. A.**, The International Library of Essays on Rights: Children's Rights, Volume I, The Cromwell Press, England 2004.

⁵¹ **Postman**, s. 192.

⁵² **Bakırcı**, s. 85.

⁵³ **Bakırcı**, s. 81.

⁵⁴ Aktaran: **Freeman**, Children's Rights, s.1 vd.

⁵⁵ **Kaushal**, s. 24.

Tüm bu tanım güçlüklerine rağmen çocuk hakları kabul görmektedir⁵⁶. Bu da çocuk haklarının insan haklarının bir parçası olduğunu göstermektedir⁵⁷. Zira çocuk hakları, aslında çocukların insan haklarıdır⁵⁸. Önemli olan husus çocukların hakların dolaylı değil doğrudan sahibi olarak görülmeye başlanması ve çocuk haklarının insan hakları belgeleri içinde yürürlüğe konulmuş olmasıdır⁵⁹.

III. Çocuğun Çalışma Hayatındaki Yeri

Çalışma ilişkilerinin tarihi ile bu ilişkilerin hukuk tarafından düzenlenmesi birbirine paralel ilerlemeyebilir⁶⁰. Aynı şekilde çocuk fikrinin başlangıcı ile çocukların çalışmasının tarihi de birbiriyle karıştırılmamalıdır. Çocukluk fikri her ne kadar göreceli olarak yeni olsa da çocukların çalışma hayatında yer alması oldukça eskidir⁶¹.

Geçmiş düzenlemelere bakıldığında çocukların çalışmasına yönelik koruyucu düzenlemelerin Roma Hukukunda bulunmadığı görülür. Roma'da aile içindeki iş ilişkileri düzenlenmediği gibi özgürler arası ücret karşılığı iş de böyle bir emek piyasası oluşmadığı için hukukun düzenleme alanı dışında bırakılmıştır. Egemen olan ekonomi anlayışının neticesinde devletin işin düzenine asgari müdahalesi esas kabul edilmekle beraber, işçilerin korunmasına ilişkin bazı temel kurallara da yer verilmiştir. Bununla beraber son derece yüzeysel olan bu düzenlemelerde dahi çocukların ve yaşlıların çalışmalarına ilişkin hukuki bir engel yer almamıştır⁶².

⁵⁶ **Bakırcı**, s.121.

⁵⁷ **Bakırcı**, s.121; **Ballar**, s. 10.

⁵⁸ **Kaushal**, s. 23; **Weston**, 78 vd.

⁵⁹ The Best Interest of the Child, s. 16.

⁶⁰ **Mollamahmutoglu, Hamdi**, İş Hukuku, Ankara 2008, s. 21.

⁶¹ **Bakırcı**, s. 2 vd.; **Centel, Tankut**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1982, s. 1 vd.; **Uşan, Fatih**, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994, s. 15.

⁶² **Karadeniz, Özcan**, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, AÜHF Yayınları, No. 396, Ankara 1976, s. 220, 233.

Roma Hukukuna bakıldığında ücret karşılığı iş görmenin özgür Roma vatandaşının onuru ile bağdaşmaz kabul edildiği görülmektedir⁶³. *Aile babası* (pater familias) özel hukuk açısından şahıs sayılan tek insan olması nedeniyle aile evlatlarının her ilişkisini mutlak egemenlik hakkını kullanarak düzenleme yetkisine sahiptir⁶⁴. Bununla beraber Roma'da ücret karşılığı iş görmenin özgür Roma vatandaşının onuru ile bağdaşmayacağı kabul edilen dönemde dahi çıraklık ilişkisine rastlanıyordu⁶⁵.

Roma'da Klasik hukuk çağında locatio conductio operarum kavramını ius commune'deki iş sözleşmesini karşılayan bir terim olarak tanımlayan *Karadeniz*, bu kavramın «bir kimsenin bir bedel karşılığında belli bir süre için bir başka kimseye hizmet görmeyi vaat ettiği, işgücünü sunduğu sözleşme» olduğunu belirtmektedir⁶⁶. Bu sözleşmeye taraf olabilecekler açısından yaş, cins vb. özellikler bakımından bir sınırlama söz konusu bulunmamakta idi. Aile evlatları ve vesayetleri altındaki kişilerin hizmetleri de bu sözleşme ile sunulabilmekteyse de küçükler sözleşmenin tarafı olarak görülmemekteydi⁶⁷. Genelde usta ile anlaşmanın aile babası ile yapıldığı ve çırağın sözleşmenin tarafı olmadığı kabul edilirdi⁶⁸. Yine de bu sözleşme aracılığıyla aile babalarının aile evlatlarını ya da vesayetleri altındaki küçükleri bir sanat öğrenmeleri için bir ustanın yanında çalıştırmalarına Roma'da klasik hukuk çağında da rastlanmaktaydı⁶⁹.

⁶³ **Karadeniz**, s.6.

⁶⁴ **Karadeniz**, s. 4. Burada aile evladı olmanın yaşla bir ilgisi yoktur. Romalının aile babası yaşıyorsa o hala filius familia sayılır. Bak. **Erdoğan, Belgin**, Roma Hukuku Dersleri, DER Yayınları, İstanbul 2009, s.146.

⁶⁵ **Karadeniz**, s. 6.

⁶⁶ **Karadeniz**, s. 130.

⁶⁷ **Karadeniz**, s. 53.

⁶⁸ Belirtmek gerekir ki bu noktada Roma Hukukunda sözleşmenin konusunun çırağın kendisini kiralaması mı yoksa hizmeti mi olduğu tartışılmıştır. Diğer taraftan ücretin söz konusu olması halinde de bu ücretin sözleşmenin *locatio-conductio rei* tarafı olarak görülmeyen çırağa verilmesine az rastlanmaktadır. Zaman içinde değişen sosyo-ekonomik koşullar nedeniyle özgür işçi emeğine ihtiyaç duyulması ile beraber hizmet unsurunun öne çıkmasıyla çırağa ücret verilen sözleşme tipi *locatio-conductio operarum* niteliği ağır basmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karadeniz**, s. 196 vd.

⁶⁹ **Karadeniz**, s. 130 vd. Yazar bu durumda genellikle *locatio-conductio* sözleşmesi kurulduğundan söz etmekle birlikte ücretin söz konusu olmadığı yani öğrenmenin karşılığı olarak hizmetin görüldüğü hallerde karma yapıda isimsiz bir sözleşmenin söz konusu olduğunu belirtmektedir.

«Özgürlerin iş ilişkilerine dayanan bir emek piyasası bulunmayan Roma'da» sosyo-ekonomik koşulların zamanla değişmesi ile mesleki birlikler ve büyük toprak sahipleri güçlenmiş, bu da feodal düzenin ve usta-çırak ilişkisinin temeli olan loncaların oluşmasına sebep olmuştur⁷⁰.

Diğer taraftan çocukların çalışmasının hukukun düzenleme alanına girmesi zaman almıştır. Her toplumda ve dönemde işin görülmesini ve işgücünün nasıl kullanılacağını düzenleyen hukuk kuralları ile iş düzenine ilişkin örf ve adet kurallarını ekonomi politikalarının belirlediği kabul edilmektedir⁷¹. Özgürlerin iş ilişkilerine dayanan bir emek piyasası bulunmayan Roma'da da sosyo-ekonomik koşulların değişmesi ile özgürlerin emeğinin düzenlenmesi kamu hukukunun konusu olmuştur. Kamu hukuku kanalıyla devlet müdahalesinin yeterli korunmayı sağlamaması ve özellikle üretimin artırılmasına odaklanması üzerine mesleki birlikler ve büyük toprak sahiplerinin güçlenmesinin, feodal düzenin ve usta-çırak ilişkisinin temeli olan loncaların oluşumuna sebep olduğu savunulmaktadır⁷². Özetle Roma'da meslek okulları yaygın olmamakla beraber küçüklerin bir meslek veya sanat öğrenmeleri, aile babası veya vasi tarafından yetiştirilmek üzere esnaf ya da tüccarın yanına verilmesi mümkündür⁷³.

Sanayi Devrimi ile birlikte ise çocukların çalışması çıraklıktan, sanayide çalışmaya doğru bir eğilim göstermiştir⁷⁴. Bu dönemde, Loncaların çöküşü ile fabrikalarda çalışmaya başlayan çocuklar kötü çalışma koşullarıyla karşı karşıya

⁷⁰ **Karadeniz**, s. 252 vd.

⁷¹ **Karadeniz**, s. 219.

⁷² **Karadeniz**, s. 252 vd.

⁷³ **Karadeniz**, s. 221.

⁷⁴ **Franklin**, s. 145; **Lordoğlu, Kuvvet/Erder, Sema**, Geleneksel Çıraklıktan Çocuk Emeğine: Bir Alan Araştırması, Marmara Üniversitesi, 1993, s. 12. Yazarlar günümüzde çıraklık kurumunun çözülmekte olması sebebiyle çıraklık adı altında yapılan çalışmalara dikkat edilmesi gerektiğine, zira çocukların *sözde çıraklık* (pseuda apprenticeship) adı altında ucuz işgücü olarak çalıştırıldıklarına dikkat çekmektedir. 1475 sayılı Kanun döneminden beri çıraklık kavramının gerçek anlamıyla benimsenip uygulanmadığı, esnaf ve sanatkarların yanında çalışanların ciddi yasal korumalara kavuşturulması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bak. **Kutal, Metin**, Halid Kemal Elbir'e Armağan içinde: Türkiye'de İş Hukukunun Gelişme Süreci ve Özellikleri, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1996, s. 227.

kalmıştır. Bu konuda örnek vermek gerekirse, kurumla dolmuş fabrika bacalarının temizlenmesi görevi verilen çocuklara, dar ve pis bacalarda üzerlerinde giydirilen paçavra elbiseler giydirildikten sonra aşağıdan yukarıya çıkmalarını sağlamak amacıyla alttan ateş yakıldığı ve boğulmamak ve yanmamak için bacaya tırmanan çocuklara bu yolla baca temizletildiği aktarılmaktadır⁷⁵. Bu dönemde devletin çocukların koruyucusu olarak yasa yapması gerektiği fikri ilk defa ortaya atılmış ve uygulama alanı bulmuştur⁷⁶. En eski dönemlerden beri çocuklar yapabildikleri her türlü işte ailelerinin yanında çalışarak ailenin ekonomik yaşantısında önemli bir rol oynamış, genelde yerel zanaatkarların yanına çırak olarak verilmişlerdir. Ancak Sanayi Devrimi ile bu atölyelerin fabrikalara yöneldiği gözlenmiştir⁷⁷.

Sanayi Devrimi'nin ardından çocuk çalışması bugünkü şeklini almıştır⁷⁸. Özellikle sanayileşmenin başladığı Birleşik Krallık'ta, *bırakınız geçsinler* anlayışına dayanan müdahaleden uzak ekonomik yapının, 19. yy'ın ilk döneminde çocuk emeğini sömürdüğü kabul edilir⁷⁹. Böylesi bir ekonomik ve hukuki yapı kadın ve çocuk işçileri tehlikeli ve sağlıksız çalışma biçimlerinin içine itmiştir⁸⁰. Bunun üzerine örneğin 1802 yılında Birleşik Krallık'ta çocuk işçileri koruyan bir yasa yürürlüğe girmiştir⁸¹. Bunun önemi, sanayi öncesi toplumu yansıtan düzenlemelerin varlığını korumasına rağmen zamanla işçileri koruyan yargı kararlarının common law içinde artış göstermiş olmasıdır⁸². Çocukların çalıştırılması ile ilgili yasal sınırlamalar da bu zamana rastlamıştır. Bu yasal sınırlamalar, çalışma hayatının, çocuğun ahlak, sağlık, güvenlik ve eğitsel

⁷⁵ Demircioğlu/Centel, İş Hukuku, 12. bası, İstanbul 2007, s. 30.

⁷⁶ Postman, s. 76.

⁷⁷ Franklin, s. 145. Çocukların düşük ücretle yaygın olarak çalıştırılmaları köle emeği olarak nitelendirilmektedir. Bak. aynı yazar, s. 144.

⁷⁸ Ertan, İ. Mert, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukukunda Asgari Çıraklık Yaşı, Çalışma ve Toplum, 2008/2, s. 174.

⁷⁹ Literature of Liberty içinde Child Labor and Capitalism, s. 54. Diğer taraftan geleneksel yorum piyasanın geçirdiği değişimlerden çok hukuki düzenlemeler nedeniyle çocuk emeğinin azaldığı sonucuna da varmaktadır ki bu yaklaşım yazar tarafından mesnetsiz olduğu için eleştirilmektedir.

⁸⁰ Süzek, Sarper, İş Hukuku, 2009, s. 7.

⁸¹ Centel, Çocuklar İle Gençlerin İş Güvenliği, s. 16; Süzek, İş Hukuku, s. 8.

⁸² Literature of Liberty içinde The Welfare State: Business and Labor, s. 53.

performansına ya da aile yaşamına zarar vermek gibi olumsuz sonuçlarını bertaraf etme arzusundan doğmuştur⁸³.

Gerçekten de bu dönemde gençler iktisadi amaca yönelik olarak işyerlerinde çalıştırıldıkları takdirde iş güvenliği devreye girmiş, ev işlerinde çalışan çocuklar içinse hukuki düzenleme yoluna gidilmemiştir⁸⁴. Genel olarak ulusal düzeyde modern ve kapsamlı refah programları ise 20.yy'da ortaya çıkmaya başlamıştır⁸⁵.

Avrupa'da, Sanayi Devrimi sırasında yaşanan sanayileşme hareketlerinin geciktiği Osmanlı'da çalışma hayatı, genelde tezgah ve el işlerine dayanmaktaydı⁸⁶. Usta çırak ilişkisine dayanan çalışma hayatı, örf ve adet kurallarıyla düzenlenmekteydi. Dolayısıyla Osmanlı'da çocuk çalışmasının görüldüğü çıraklık kurumunun 20. yüzyıl başlarına kadar esnaf ve sanatkarların eleman yetiştirmelerinin esaslarını düzenleyen ve denetleyen kurum olan ahilik içinde düzenlendiği görülmektedir. 12.yy'da Ahilik Kurumu altında örgütlenmiş olan çalışma yaşamı, 18.yy'da nitelik değiştirerek 'gedik'lere dönüşmüş, ancak nihayetinde her iki kurumda da hiyerarşi ve mesleki eğitim öne çıkmıştır⁸⁷.

Bununla beraber bu dönemde ahi birlikleri içinde yeri çıraklık ve yamaklık olan çocuk ve gençlerin çalışma yasakları veya belli işlerde çalıştırılmamaları söz konusu olmamakta aksine, örneğin yamaklık için 10 yaşından küçük olma şartı aranmaktaydı ve devamlılık veli tarafından taahhüt edilirdi⁸⁸. Yine lonca tüzüklerine bakıldığında iş sürelerinin belirlenmesi ve iş sağlığına ilişkin düzenlemelere az rastlanmaktaydı⁸⁹. Loncaların güçlenmesiyle çocuklar zanaat

⁸³ **Franklin**, s. 142.

⁸⁴ **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 2 vd.

⁸⁵ Başlangıçta sadece işçileri korumaya yönelik yasal düzenlemeler giderek herkese tanınan sosyal haklar idealine dönüşmüştür. Bak. **Süzek**, İş Hukuku, s. 8.

⁸⁶ **Çelik, Nuri**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s. 5; **Süzek, Sarper**, İş Hukuku, İstanbul 2009, 9 vd.

⁸⁷ **Ertan**, s. 174.

⁸⁸ **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 26.

⁸⁹ **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s.13.

eğitimine y6nelmiř⁹⁰ ve Cumhuriyet d6nemine kadar ocuk kavramı zamanla nitelik değiştirse de çocukların çalışması esaslı bir değişiklik geçirmemiştir.

Cumhuriyetin kurulmasının ardından ulusal sanayinin kurulma çabaları iş yaşamının d6zenlenmesi ihtiyacını doęurmuřtur⁹¹. Sanayileşmekte olan 6lkelerin ise sanayileşmiş 6lkelerin tecr6belerinden yararlandığı bilinmektedir⁹². Dolayısıyla ocuk emeğinin d6zenlenmesine ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki ve uluslararası hukuktaki d6zenlemeler T6rk hukuk sistemine de yansımıştır. Konuya ilişkin ilk d6zenleme 1921 yılında B6y6k Millet Meclisi tarafından kabul edilen 151 sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna M6tealik Kanun'dur⁹³. Belli bir b6lge ile sınırlanan bu yasa, en az çalışma yaşını d6zenlemiş, iş sağlığı ve g6venliğine ilişkin koruyucu d6zenlemeler getirmiřtir⁹⁴.

G6n6m6zde çalışan çocuklarla ilgili uluslararası alandaki yasal d6zenlemeler ise 6zellikle ILO tarafından y6r6t6lmektedir. Buna g6re ILO, 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin S6zleşme ile çocuklar için asgari çalışma yaşını kabul etmekte ve 146 sayılı Tavsiye Kararı ile de taban yaşının tedricen y6kseltilmesini istemektedir.

Yasal d6zenlemelere genel olarak bakıldığında 18. yy'da devletin çocukların koruyucusu olarak yasa yapma hakkı olması fikrinin hem yeni hem de radikal olduğu g6r6lmektedir⁹⁵. Ancak bug6n için sanayi toplumları açısından ocuk işçi ayırımına gidilmesi, işg6c6 piyasasının durumunun zorunlu bir sonucudur.

⁹⁰ **Postman**, s. 22. Bu d6nemde kitlesel okur-yazarlığın azalması, yetişkinliğin okur-yazarlık ile bağdaştırılmasına ve çocukluğun daha 6nce belirtildiği 6zere yetişkinlikten farklı bir evre olarak ortaya çıkmasına zemin yaratmıştır.

⁹¹ **S6zek**, s. 11.

⁹² **Kutal**, s. 226.

⁹³ Yayın tarihi: 10.9.1337, Tertip: 3 Cilt:2 Sayfa:91. Kanun'un 2. maddesine g6re 'Maden işlerinde amelenin cebren istihdamı ve angarye suretiyle her hangi bir işe sevki ve maden ocakları dahilinde on sekiz yaşından d6n olanların istihdamı memnudur'.

⁹⁴ **elik**, s. 8; **S6zek**, s. 10.

⁹⁵ **Postman**, s. 76.

Sanayileşmiş toplumdaki ihtiyaç ve zorunlulukların hukuk metinlerine yansması kaçınılmazdır⁹⁶.

Sanayileşmekte olan ülkelerdeki çocukları koruyucu düzenlemeler ile sanayileşme sürecinin hedefleri arasında bir bağ vardır. Sanayileşmiş Batı toplumlarının “uzun süreli ve düzenli olarak üretime katılım hedefi” çocukların çalışma hayatından korunmasında belirleyici rol oynamaktadır⁹⁷. Diğer taraftan sanayileşmekte olan ülkelerde küreselleşme, kronik yoksulluk, hızla artan nüfus, ekonomik krizler ve düzensiz kentleşme gibi nedenlerle çocuk çalışmasının arttığı da bilinmektedir⁹⁸. Dolayısıyla sanayileşmesi devam eden ve sanayileşmiş toplumlarda işgücü piyasası çocukları çeşitli nedenlerle çalışmaya itmeye devam etmektedir⁹⁹. Ayrıca artan işgücü ihtiyacı nedeniyle çocuklar ucuz işgücü olarak da görülmektedir¹⁰⁰. Bunun sonucunda sosyal nedenlerle çocukların korunması gereği ile işgücü piyasanın ucuz işgücü talepleri birbiriyle çakışmıştır. Bu çelişkiler nedeniyle günümüzde, sanayide çalışan çocukların korunmasının yasal düzenlemelere dahil edilmesi ve çocuk işçilerin yetişkin işçilerden farklı hukuki düzenlemelere tabi tutulması gereği doğmuştur.

IV. Konunun Sınırlanması

Her toplumda ve dönemde işin görülmesini ve işgücünün nasıl kullanılacağını düzenleyen hukuk kurallarını ve hatta örf ve adet kurallarını ekonominin belirlediği bilinmektedir¹⁰¹. Çocuk ve gençlerin çalışmalarındaki temel neden de

⁹⁶ Bununla beraber yasaların, işverenlerin Churchill'in deyişiyle iyi işverenin kötü işveren tarafından baltalandığı, kötüsünün ise en kötüsü tarafından baltalandığı durumu engelleme isteğinden de etkilendiği dolayısıyla çocuk emeğine yasaklayan düzenlemelerin daha az belirgin nedeninin emek arzını dengelemek olduğu da savunulmaktadır. Dolayısıyla koruyucu yasaların değerinden herkes emin değildir. Aktaran, **Franklin**, s. 142, 143.

⁹⁷ **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 2-3. Bu nedenle bu öngörünün sanayi toplumları için doğru olduğu, sanayileşmemiş veya sanayileşmekte olan toplumlarda hedeflerin tutturulamadığı da ileri sürülmektedir.

⁹⁸ **Bakırcı**, s. 5.

⁹⁹ **Bakırcı**, s. 20 vd.

¹⁰⁰ **Postman**, s. 72.

¹⁰¹ **Karadeniz**, s. 219.

ekonomiktir¹⁰². Sanayi Devrimi sonrasında çocuk işçiliği konusu, hem çocukluk kavramı artık genel geçer olarak kabul edildiği hem de çocukların içinde buldukları çalışma şartları eskisine oranla kötüleştiği için ilk başlarda ulusal otoritelerin, nihayetinde de uluslararası kurumların dikkatini çekmiş ve hukuki düzenlemelere yansımıştır.

Devletin emeği ile geçinenler lehine koyduğu kuralların önceleri sadece sanayide çalışan çocukları (ve kadınları) korumayı amaçladığı, dolayısıyla çocukların yasalar çerçevesinde ilk korumaya alınanlardan olduğu bilinmektedir¹⁰³. Bu dönemde “çocuk işçi” ile “yetişkin işçi” kavramları birbirlerinden ayrılmıştır. Bununla beraber günümüz iş hukukundaki çocukları koruyucu düzenlemelerin bu ayırımı ihtiyaç duyduğunu veya daha açıkça bu ayırımın korunması gerektiğini düşünmek yerinde midir? Bu sorunun cevabı sadece çalışma hayatına katılmada asgari yaş sınırının yükseltilmesi tartışmaları açısından değil, Türk İş Hukukundaki çocuk işçi ile genç işçi ve bunlarla yetişkin işçi kavramları arasında bir ayırım gerekli midir tartışması açısından da önemlidir.

Tez kapsamında çalışan çocukların korunması anlayışının Türk Hukukuna ve Türk Hukuku açısından bağlayıcı olan hukuk metinlerine nasıl yansıdığı incelenecektir. Bu kapsamda “çocukların korunması gerekli midir?” sorusunun üzerinde durulmayacak, korunmaları gerektiği önkabulünden hareketle önce ilk bölümde uluslararası düzenlemelerdeki çalışan çocuklara ilişkin düzenlemelere ve Türk Hukukunda çocuk kavramı nasıl düzenlenmiş buna bakılacaktır. Ardından ikinci bölümde Türk İş Hukukunun konuya ilişkin düzenlemeleri ele alınarak bunların uluslararası hukuk düzenlemelerine uygunluğu değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeler ışığında Türk Hukuku açısından çocuk işçi kimdir, Türk Hukukunda bu kavrama ihtiyaç var mıdır ve halihazırdaki çocuk işçi tanımı uluslararası düzenlemelerle uyumakta mıdır sorusuna cevap aranacaktır.

¹⁰² Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 14.

¹⁰³ Kutal, s. 223.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇOCUK İŞÇİ

§ 1. Uluslararası Düzenlemelerde Çocuk İşçi Tanımı

Çocuk işçi tanımını verebilmek oldukça zordur. Bu zorluk, çocuk ve işçi kavramlarının ayrı ayrı tanımlanmasının zorluğundan da kaynaklanmaktadır. Çocuk hakları hareketinin de etkisiyle çocuk işçiliği kavramı olumsuz bir izlenim uyandırır da tek başına muğlak bir ifadedir¹⁰⁴. Çocuk işçiliğini ortadan kaldırma hedefi genel olarak kabul görmekle beraber ortadan kaldırılmaya çalışılan şey açıkça tanımlanmamaktadır¹⁰⁵. Ortadan kaldırma yaklaşımı söz konusu olduğunda öncelikle cevaplanması gereken, çocuk işçinin kim olduğu sorusudur.

Günümüzde çocuk, toplum hayatındaki çeşitli statülere yetişkinlerle aynı ölçüde sahip olmayan kişi olarak görülmektedir¹⁰⁶. Çocukluk dönemi ise gençlik, sağlık açısından, fiziksel ve ruhsal gelişmeye hazırlanma dönemi olarak tanımlanır¹⁰⁷. Sosyolojik olarak çocukluk ise bir yetişkin gibi tam anlamıyla ekonomik ve hukuki statü kazanamamış kişi ya da evlat anlamında kullanılmaktadır. Bu kişilerin yaş temelli bir periyotta geçirdiği döneme çocukluk denmektedir. Kavram, tarihin farklı dönemlerinde ve farklı kültürler içinde değişiklik gösterebilmektedir¹⁰⁸.

Çocuk her ne kadar sosyo-politik bir kavram olsa da aynı zamanda hukuki bir sınıflandırmadır ve küçüklük kavramı altında genelde on sekiz yaş altını ifade

¹⁰⁴ Smolin, , s. 948.

¹⁰⁵ Smolin, s. 948.

¹⁰⁶ Yapıcı/Yapıcı, s. 1.

¹⁰⁷ Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s.3.

¹⁰⁸ Marshall, Gordon, A Dictionary of Sociology Oxford University Press, Oxford 1998 s. 69-70: Batılı modern çocuk algısı bir nevi yetişkinlikten ayrıştırılmış karantina dönemidir ve bu dönem ekonomik etkinlik ve çalışmadan ziyade oyun ve eğitimle ilişkilendirilmiştir. Bunun yanı sıra kimi yazarlara göre de çocukluk kavramı, çocukların politik, ekonomik ve entelektüel yetersizlikleri üzerine inşa edilmiş kabul edilmektedir. Bak. Marshall, aynı yer.

eder¹⁰⁹. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de çocuk, on sekiz yaşın altındaki birey olarak tanımlanmıştır¹¹⁰. İç hukukta Anayasa Hukuku çocuğu tanımlamaktan ziyade çocuğun korunmasından bahsetmekle yetinmiş¹¹¹, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹¹² ise genel olarak kişiliğin kazanılmasını ve erginliği tanımlamıştır. Çocuk ve çocuk işçi kimdir sorularını cevaplamak için çocuğu koruyamaya yönelik düzenlemelerde bunların nasıl tanımlandığını görmek gerekecektir.

Aşağıda Türkiye açısından bağlayıcı uluslararası hukuk düzenlemeleri incelenecektir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi, ILO'nun konuya ilişkin olan sözleşmelerinden Türkiye'nin onayladıkları ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Birliği'ne adaylık sürecine paralel olarak konuya ilişkin AB düzenlemeleri ve bu belgelerin uluslararası denetim mekanizmaları üzerinde durulacaktır.

I. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

A. Çocuk Hakları Sözleşmesi¹¹³

Uluslararası hukuk tarafından ilk etkili girişim Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen 1924 tarihli Çocuk Hakları Cenevre Bildirisi ile olmuştur. Yaygın şekilde Cenevre Bildirisi olarak bilinen metin ile bütün ulusların erkekleri ve kadınları, insanlığın haiz bulunduğu en iyisini çocuğa vermeye borçlu olduğunu kabul

¹⁰⁹ Freeman, s.30.

¹¹⁰ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 1: 'Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.'

¹¹¹ 2709 sayılı Anayasa (RG: 9 Kasım 1982, Sayı: 17863) md. 41, md. 50 ve md. 61'de çocuğun korunmasını düzenlemiştir. 2010 değişik haliyle 10. maddeye göre ise: 'Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.' Anayasa genel olarak çocuk ifadesini kullanmış ve çocuk hakları ifadesine özellikle yer vermiştir (md. 41). Bununla beraber Anayasa madde 24'te ve özellikle 50. maddede (çalışma şartları ve dinlenme hakkı) çocuk yerine küçük ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.

¹¹² 4721 sayılı Medeni Kanun, RG: 8 Aralık 2001, Sayı: 24607.

¹¹³ RG: 27 Ocak 1995, No: 22184.

etmektedir¹¹⁴. Bildiri'nin dördüncü bendi ile çocuğun, yaşamını idame edebilecek bir duruma getirilmesi ve her biçimdeki sömürüye karşı korunması gerektiği düzenlenmiştir.

1959 tarihinde bu Bildiri güncellenmiş ve BM Genel Kurulu'nun 20.11.1959 tarih ve 1386 (XIV) sayılı kararıyla ilan 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirisi kabul edilmiştir. Bu Bildiri'nin 7. ilkesi ile çocuğun eğitiminden ve ona rehberlik yapılmasından sorumlu olanlar için yol gösterici ilkenin çocuğun "en yüksek menfaati"nin gözetilmesi olduğu düzenlenmiştir¹¹⁵. 1989 tarihinde ise BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 1959 tarihli Bildiri'nin yerini almıştır¹¹⁶.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ise Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çocuk haklarında yetersiz kalması üzerine 1989 tarihinde BM Genel Kurulu'nun 20.11.1989 ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹⁷. 25 Mayıs 2000 tarihinde Sözleşme'ye ilişkin iki adet seçimlik protokol imzalanmıştır¹¹⁸. Her iki protokol de 120'den fazla ülke tarafından imzalanmıştır. Bu protokollerin 182 sayılı ILO Sözleşmesi'nden etkilendiği belirtilmektedir¹¹⁹.

BM'nin ilk düzenlemelerinden günümüze konu, BM ile sınırlı olmaktan çıkıp küresel odak haline gelmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi ABD ve Somali dışında BM üyesi tüm uluslar tarafından imzalanmış olmaktadır. Somali'nin imzalamama sebebi hükümet yapılanmasının bulunmamasıdır. ABD yönetimi ise siyasi ve hukuki kaygılarla imzalamaktan imtina ettiğini ileri sürmektedir. Obama yönetimi Sözleşme'yi hala imzalamamış olmayı utanç verici kabul etmekte ve durumu

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bak. **Gemalmaz, M. Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt, İstanbul 2010, s. 575.

¹¹⁵ Çocuğun en yüksek menfaatleri ibaresinin bütün çocuk hakları belgelerinde tekrarlandığı hatırlanmalıdır. Bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri II, s. 581, dn. 9.

¹¹⁶ **Kaushal**, s. 29.

¹¹⁷ **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri II, s. 593.

¹¹⁸ Bunlar Çocukların Silahlı Çatışmalarda Yer Alması Hakkında Seçmeli Protokol ile Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Hakkında Seçmeli Protokol'dür. Bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri II, s. 629, 647.

¹¹⁹ **Cullen**, s. 156.

gözden geçirmeyi vaat etmektedir¹²⁰. Bununla beraber Sözleşmeye ek protokollerin ikisi de ABD tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır.

Sözleşmecilerden bazıları sözleşmedeki hakların hayata geçirilmesi amacıyla «Çocuk Ombudsmanlığı» kurumunu devreye sokmuştur. Bu ülkelerden en önemlileri Norveç, İsveç, Finlandiya ve 2005 yılının sonlarında bu kurumu kuran Ukrayna'dır¹²¹. Çocuk Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından da 1995 tarihinde yürürlüğe girerek bağlayıcılık kazanmış, Türkiye de Sözleşme'yi çekince ile kabul etmiştir¹²².

Sözleşmelerin uygulanması onaylanması kadar önemlidir. Kimi durumlarda imzacı devletin beyanları ve çekinceleri ile uluslararası antlaşmaların etkinliği zayıflamaktadır. Örneğin Federal Almanya, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin doğrudan uygulanmayacağını beyan etmiştir. Yine ABD de Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin doğrudan uygulanabilir olmadığını beyan etmiş ve bu nedenle sözleşmedeki hakların dava edilemeyeceğini, mahkemeler önünde ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir¹²³.

Birleşik Krallık ise Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni onaylamasının ardından 18 yıl geçmesine rağmen çekincelerini 2008 yılına kadar korumuştur. Birleşik Krallık dört adet Çocuk Hakları Komisyonu üyesinin talepleri ve kamuoyu baskısı ile 2008 yılında bu çekinceleri kaldırmıştır¹²⁴.

¹²⁰ <http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=18874> Erişim tarihi: 5.6.2011.

¹²¹ **Kaushal**, s. 34. Diğer taraftan ILO'nun karaliste olarak bilinen Konferans Komitesi Raporunda ısrarlı ihlaller nedeniyle 2004 yılında Ukrayna'ya özel paragraf açılmıştır. Buna göre Komite kayıt dışı sektörde çalışan çocukların tehlikeli biçimlerde çalıştırıldıklarına dikkat çekmiştir. Bak. **Cullen**, s. 167.

¹²² RG: 27.1.1995, No: 22184. Türkiye Sözleşme'nin onay belgesini 4.4.1995 tarihinde depo etmiş ve Türkiye bakımından Sözleşme, 4.5.1995 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır. Bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri II, s. 593.

¹²³ **Fassa/Paker/Scanlon**, s. 85.

¹²⁴ **Kaushal**, s. 34. 2003 yılında AİHM verdiği kararda tüm devletlerin çocuk hakları sözleşmesini hayata geçirmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte Birleşik Krallık, sözleşmenin bağlayıcı olmadığını sadece isteği yansıttığı savını uzun zaman ileri sürmüştür.

Sözleşmenin denetim mekanizması ise Çocuk Hakları Komitesi'dir. Komite 18 seçilmiş insan hakları uzmanından meydana gelmektedir. Onay tarihinden 2 sene sonra ve bunu müteakip her beş senede bir, imzacı devletlerin Sözleşme'nin iç hukukta uygulanmasına ilişkin aldıkları önlemleri içeren detaylı raporları Komite'ye sunması gerekmektedir (md. 44). Komite yılda bir kere, Genel Kurul'a raporlama yapar ve Komite Başkanı dinlenilir. Genel Kurul Sözleşmeyle ilgili bir karar (resolution) da kabul edebilir. Komite devletlerden ek bilgi de isteyebilir.

Komite; uzmanlaşmış kurumları, UNICEF'i ve uygun bulduğu öteki yetkili kuruluşları, kendi yetki alanlarını ilgilendiren konularda uzman olarak görüş vermeye davet edebilir. Zira Sözleşme'nin etkili biçimde uygulanmasını geliştirme ve Sözleşme kapsamına giren alanda uluslararası işbirliğini teşvik etmek amacıyla uzmanlaşmış kurumlar ve özellikle UNICEF bu Sözleşme'nin kendi yetki alanlarına ilişkin olan hükümlerinin uygulamasının incelenmesi sırasında, temsil edilmek hakkına sahiptirler. İnsan Hakları Komitesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin raporlama ve sonuç gözlemlerine dayanan usullerine benzer denetim mekanizmalarına sahiptir¹²⁵. Bununla beraber Komite, bireysel veya toplu başvuru sistemine açık değildir¹²⁶.

1. Sözleşme'nin Çocuk Tanımı

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre çocuk, 18 yaşından küçük insan olarak tanımlanmaktadır¹²⁷. Sözleşme'nin birinci maddesi diğer tüm maddelerin uygulanmasında da esas teşkil etmektedir. Bununla beraber devletler iç hukuklarında reşit sayılma için daha erken bir yaş sınırını belirleyebilirler. Sözleşme mutlak bir üst sınır çizmemiş, ulusal düzenlemelerdeki istisnalara izin veren esnek bir yaklaşım benimsemiştir¹²⁸. Böylece Sözleşme'nin daha geniş

¹²⁵ Fassa/Paker/Scanlon, s. 87.

¹²⁶ Cullen, s. 156.

¹²⁷ Sözleşmenin 1. madde düzenlemesinde reşit sayılmaya ilişkin bu ifade yer almakla birlikte, çocukluğun başlangıcına ilişkin bir tanım yapılmasından kaçınılmıştır.

¹²⁸ Smolin, s. 977.

kabul görmesi amaçlanmıştır. Gerçekten de Sözleşme BM'nin en geniş kapsamlı kabul gören sözleşmesidir¹²⁹.

Diğer taraftan Sözleşme'de kimi konularda kesin bir sınır çizilmesinden kaçınılmamıştır. Örneğin müebbet hapis (37. madde) veya silahlı çatışmaya ilişkin (38. madde) düzenlemelerde 18 yaş, kesin yaş sınırı olarak kabul edilmiştir¹³⁰. Dahası bu konularda çocuğun refahının sağlanmasının katılma haklarının sağlanmasına, yani çocuğun görüşünün alınmasına üstün geldiği kabul edilmektedir¹³¹. Çocuk rıza verse dahi çocuğun yüksek yararı gözetilerek silahlı çatışmalarda yer alması yasaklanmıştır. Görüldüğü gibi katılma hakkı, kimi durumlarda çocukların korunma ve bakım haklarıyla çelişebilmektedir. Sözleşme bu çelişkilere bir cevap vermemektedir¹³².

Sözleşme'de erginliğin başlama yaşına ilişkin olarak mutlak bir yaş haddi belirlenmemiş olması, iç hukukta erginlik yaşının farklı belirlenmesine olanak tanımıştır¹³³. Mutlak bir üst sınır belirlemek yerine başka kriterlerle çocukların hakları korunmaya çalışılmıştır. Sözleşme devletlere bir takdir alanı bıraksa da bu takdir alanı devletin çocuğa özel koruma sağlama yükümlülüğü ile sınırlanmakta, çocukların yüksek yararı ile devletlerin yükümlülüğü arasında bir denge kurulması amaçlanmaktadır.

İlk olarak devletler genel üst sınıra (18 yaş sınırına) paralel iç hukuk düzenlemelerine yer verebilirler yani bu sınırı veya daha üzerindeki bir sınırı çocukluğun sona erme sınırı olarak belirleyebilirler¹³⁴. İkinci olarak bu sınırın

¹²⁹ Cullen, s. 176.

¹³⁰ Cullen, s. 119 vd.

¹³¹ Cullen, s. 133. Bununla beraber tartışma tamamen ortadan kalkmış değildir. Katılma haklarının yani çocukların görüşünün alınmasının çocuk askerlerin içlerinde buldukları durumlarda dahi devam ettiğini savunanlar da vardır: Cullen, aynı yer.

¹³² Fassa/Paker/Scanlon, s. 99; Cullen, s. 133 vd.

¹³³ Smolin, s. 976. 182 sayılı ILO Sözleşmesi ise bu tanımları genişletmiştir. 182 sayılı Sözleşme'ye göre daha erken erginlik kazanılsa veya evlilik söz konusu olsa bile 18 yaş altındakiler çocuktur.

¹³⁴ Sözleşme'nin amaçları uyarınca ve madde 41'den hareketle daha yüksek bir yaş sınırı belirlenmesi Sözleşme'yi ihlal anlamına gelmeyecektir. 20 yaş, çalışma hayatında yetişkin sayılma yaşı olarak benimseyen ülke örnekleri de vardır. Sözleşme'nin 41. maddesi daha elverişli

altında bir yaş belirleyebilirler; ancak bu sınır makul olmayan ölçüde düşük tutulamaz. Makul sınır Sözleşmenin bütününe, genel ilkelere uygun olarak belirlenir. Bununla beraber böyle düşük bir üst sınır belirlendiğinde dahi taraf devlet yükümlülüklerinden arınmış sayılamaz¹³⁵.

Sonuç olarak Sözleşme çocuğu 18 yaşın altındaki birey olarak tanımlasa da Sözleşme'nin bu tanımının her koşulda ve her ülkede aynı şekilde kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir¹³⁶. Örneğin diğer bir BM organı olan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından çocuk haklarının korunması adına tanıtım ve savunma çalışmaları yapmak, çocukların temel gereksinimlerinin karşılanmasına yardımcı olmak ve çocukların potansiyellerini eksiksiz biçimde gerçekleştirmek için fırsatlar yaratmak üzere görevlendirilen UNICEF çocuk işçi için daha farklı bir tanıma benimsemektedir. UNICEF çocuk işçiliğine ilişkin verileri 5-14 yaş aralığındaki çocuklardan toplanmaktadır. Aşağıda ayrıca incelenecek olan ILO tanımlarından da farklı olarak çocuk işçiliğine ilişkin UNICEF verileri kendi evlerinde günlük ev işlerinde çalışan çocukları da kapsamaktadır. Bu nedenle UNICEF'in çocuk işçi verileri, ILO tarafından rapor edilenlerden daha yüksek çıkmaktadır¹³⁷. Bir BM organı olan UNICEF'in verileri incelenirken UNICEF'in, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yaptığı tanımdan ayrıldığına dikkat etmek gerekir¹³⁸.

2. Çalışan Çocuklara İlişkin Koruma

Çocukluğun sona erme yaşı ülkeden ülkeye, sosyo-ekonomik koşullara göre farklılık gösterse de gözetilen bazı ilkeler aracılığıyla belli bir standardın sağlanması amaçlanmaktadır. Benzer şekilde asgari çalışma yaşı sınırı da ülkeden

iç hukuk düzenlemelerine izin verir, Sözleşme bu gibi maddelere müdahale amacı taşımaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Liechtenstein örneği ÇHS/K/2/ Rev. 5: Bak. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı, UNICEF yayını, , s.16-23.

¹³⁵ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı, UNICEF yayını, s. 16 vd.

¹³⁶ Cullen, s. 7.

¹³⁷ Fassa/Paker/Scanlon, s. 11.

¹³⁸ Fassa/Paker/Scanlon, s. 11 vd. Çocuk çalışmasına ilişkin bir diğer veri kaynağı Dünya Bankası'nın yapmış olduğu ulusal anketlerdir. Ancak Dünya Bankası da ILO gibi ekonomik olarak aktif çocuk terimini tercih etmekte, BM'nin tanımından ayrılmaktadır.

ülkeye farklılık göstermektedir. Sözleşme asgari çalışma yaşı konusunu 32. madde ile düzenlemektedir. Bununla beraber istisnalara izin veren esnek bir yaklaşım benimsemesi nedeniyle kimi ilkeleri öne çıkarmıştır. Bunlar «ayırım gözetmeme» ve «çocuğun yüksek yararının korunması»dır (md. 3). Sözleşme açısından çocuğun yüksek yararı kavramı özel önem teşkil etmektedir, zira Sözleşme tüm hakların bu çerçevede ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu da birçok imzacı ülkenin iç hukukundan (geleneksel hukuklarından) farklı bir yaklaşımı öne çıkarmaktadır¹³⁹.

Asgari çalışma yaşı sınırının belirlenmesi konusunda çocuğun yaşama ve gelişme hakkı (md. 6) ile çocuğun yeteneklerine saygı (md. 5) da önemli kriterler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca daha zorunlu ilköğretim yaşı ile tutarlılık da bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir ölçüttür. Asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeler bu maddeler ile beraber düşünülmelidir. Bununla beraber Sözleşmenin amacına uygunluk ve genel ilkelere saygı gibi kriterler denetim organlarının kararlarında sıkça yer bulduğu için ayrıca önemlidir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde kabul edilen üç hak kategorisi bulunmaktadır. Bunlar korunma, bakım ve katılım hakları olarak tanımlanmaktadır. Katılım haklarına dahil sayılan çocukların örgütlenme ve ifade özgürlüğü üzerine tartışmalar sürmektedir¹⁴⁰. Ekonomik olarak daha az gelişmiş ülkelerde bakım ve koruma hakları garanti edilememektedir. Katılma (çocuğun görüşünün alınması) hakkını, ekonomik olarak gelişmiş olanlar da dahil birçok kültürde ileri sürmek güçtür. Katılım hakları bu yönüyle bakım ve korunma hakkından ayrılmakta, sağlanması en zor çocuk hakları olarak görülmektedir.

Koruma ve bakım hakları ise birbiriyle yakın ilişki içindedir. Barınma, beslenme ve eğitim gibi temel ihtiyaçların sağlanamaması temel hakları ihlal etmektedir.

¹³⁹ Kaushal, s. 36.

¹⁴⁰ Fassa/Paker/Scanlon, s. 93.

Birçok ülke açısından temel haklar için gerekli altyapı sağlanmamış ve ekonomik güçlükler çocukları yaşamak için çalışmaya itmiştir¹⁴¹.

Diğer taraftan çocukluğun farklı dönemleri için farklı haklar öne çıkabilmektedir. Örneğin korunma hakkı daha küçük yaştaki çocuklar için daha büyük öneme sahipken, çocuk büyüdükçe kendini ifade etme ve katılım hakları yani çocuğun görüşlerinin alınması daha ön plana çıkmaktadır¹⁴². Dolayısıyla her somut olay ayrı değerlendirilmelidir.

Çocuk hakları kültüre göre de farklılık göstermektedir. Çocukluğun sosyal ve kültürel olarak farklı algılanması çocuk haklarına ilişkin yorumların evrenselliği ile çelişmektedir. Çalışan çocuk kavramı da yine çocukluğun sosyal ve kültürel yorumlarıyla yakın ilişki içindedir. Sözleşme'ye ilişkin olarak kültürel uygulamalar ile evrensel hakların çakışması da söz konusu olabilmektedir. Bu çelişki asgari çalışma yaşı kavramında da kendini göstermektedir¹⁴³.

Asgari çalışma yaşı yaklaşımı giderek sorgulanmaktadır. İşten ayrılmanın veya işe hiç girmemenin faydalarının, çocukların çalışmasından daha fazla olduğuna dair yeterli veri bulunmamaktadır¹⁴⁴. Diğer taraftan çocuk çalışmasının gerçekten çocuğun tercihi olması noktasında çalışma hakkı, çocukların katılım haklarının bir yansıması olarak da görülebilmektedir.

Çocuk çalışmasına ilişkin, Sözleşme'nin 32. madde düzenlemesine göre, taraf devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için "zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılması"na karşı korunma hakkını kabul etmektedir. Buna göre taraf devletler bu maddenin

¹⁴¹ Fassa/Paker/Scanlon, s. 95.

¹⁴² Fassa/Paker/Scanlon, s. 93.

¹⁴³ Fassa/Paker/Scanlon, s. 94.

¹⁴⁴ Çocukların çalışmasının engellenmesinin tek başına çocuk haklarını sağlamaya yetmediği de belirtilmektedir: Fassa/Paker/Scanlon, s. 99.

uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, taraf devletler özellikle şu önlemleri alırlar:

- a) İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler;
- b) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar;
- c) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler.

Çocuk Hakları Komitesi 2003 yılında aldığı 5 numaralı Yorum Kararı'nda devletlerin zararlı çalışma biçimlerini belirlemesini ve bunları yasaklaması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁵. Buna göre, Komite çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasını değil, koruyucu yaklaşımı benimsemekte, okul ve çalışmanın aynı anda var olabileceğinin savunmaktadır¹⁴⁶.

Günümüze gelindikçe çocuk işçiliği konusu çalışma standartlarının düzenlenmesinden, insan haklarına doğru bir eğilim göstermektedir. Konu artık sadece çalışma hayatına ilişkin bir sorun değildir. Çocuk Hakları Sözleşmesi tıpkı 182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin yaklaşımı gibi yasaklı alanları belirlemeye yönelmiştir. Bununla beraber çocuk işçiliği söz konusu olduğunda rızanın gerçekten rıza sayılmasını tartışmalı bulanlar ve 18 yaş sınırını mutlak olarak kabul edenler de vardır¹⁴⁷.

Görüldüğü gibi BM Çocuk Hakları Sözleşmesi devletlere işe kabul için söz konusu işlerin niteliğine göre bir veya birden fazla yaş sınırı belirleme görevini yüklemekte; ancak kendisi doğrudan mutlak bir sınır öngörmemektedir. Dolayısıyla denilebilir ki, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğu 18 yaşın altındaki birey olarak tanımlamakla beraber "çocuk işçi"yi tanımlamamıştır.

¹⁴⁵ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> Erişim tarihi: 5.6.2011.

¹⁴⁶ Cullen, s. 176.

¹⁴⁷ Cullen, s. 119. Aksi görüş bak. Fassa/Paker/Scanlon, s. 94.

3. Çocuğun Yüksek Yararı

Sözleşme çocuk işçiyi tanımlamamakla beraber çocuğun yüksek yararı ilkesini kabul etmiştir (md. 3). Sözleşme ile belirlenen amaca uygunluk ve Sözleşmenin genel ilkelerine saygı; çocuğun yüksek yararının üstün tutulması ve yaşama ve gelişme hakkının güvence altına alınması maddeleri birlikte değerlendirilerek taraf devletler çocuk çalışmasını düzenlemelidir. Taraf devletler belirlemelerinde keyfi ölçüt kullanamayacağından çocuğun doğrudan ya da dolaylı olarak etkilendiği her durumda çocuk için en elverişli çözüm kabul edilmelidir¹⁴⁸.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde belirtildiği üzere çocuk hakları söz konusu olduğunda çocuğun yüksek yararı ilkesi baskındır¹⁴⁹. Esasen bu ilke Anglo-Amerikan aile hukukundan doğmuştur. Ancak zamanla çocuğun yüksek yararı ilkesi, aile hukuku içindeki geleneksel anlamını aşarak çocuğun refahını ilgilendiren tüm konularda devreye giren bir ilke olmaya başlamıştır¹⁵⁰.

Çalışan çocuğun korunması, Sözleşme'deki çocuğun yüksek yararı ilkesi (md. 3) ile somutlaşmıştır. Çocuğun çalışmasında da çocuğun refahının gözetilmesi öne çıkmaktadır¹⁵¹. Bunun gibi aşağıda detaylı incelenecek olan 182 sayılı ILO Sözleşmesi'ndeki en kötü çalışma biçimleri kavramında da çocuğun refahı ağır basmaktadır. Zira kötü çalışma biçimleri çocuğun refahına zarar verdiği için yasaklanmaktadır. 182 sayılı ILO Sözleşmesi ve 190 sayılı ILO Tavsiye Kararı, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki bu yaklaşımı desteklemektedir¹⁵². Yine BM'nin 2000 yılında kabul ettiği Uluslararası Organize Suça Karşı Sözleşme'de de en kötü çocuk çalıştırma biçimlerine yer verilmiş, konunun çocuğun refahı ile ilişkisi kurulmuştur.

¹⁴⁸ Çocuk Hakları Komitesi'nin 5 numaralı Genel Yorum Kararı CRC/GC/2003/5: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/14/PDF/G0345514.pdf?OpenElement> Erişim tarihi: 5.6.2011.

¹⁴⁹ The Best Interest of the Child, s.9 vd.

¹⁵⁰ The Best Interest of the Child, s. 9.

¹⁵¹ Cullen, s. 4.

¹⁵² Cullen, s. 4.

Çocuğun çalışması halinde çalışma hakkı ile çocuğun refahı arasında optimal normatif etki yolu ile denge sağlanması yoluna gidilmelidir. Bu dengenin sağlanması noktasında bu ilke önemli bir yorum aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuklara ilişkin hukuk normlarının en çarpıcı özelliği mahkemelere ve idari organlara tanınan geniş takdir yetkisidir¹⁵³. Bu geniş takdir yetkisi yorum ihtiyacını doğurmaktadır.

Bununla beraber yorum yaparken çocuğun üstün yararı kavramı için bir standart belirlemek de güçtür. Standartın belirlenmesi davadan davaya her somut olayda değişen bir istikrarsızlık barındırmaktadır¹⁵⁴. Çocuğu sömüren bazı çalışma biçimlerinin çocuğun yüksek yararıyla uyuşmadığını söylemek kolaysa da çocuğun üstün yararına ilişkin genel ve objektif bir kural koymak güçtür¹⁵⁵. Her somut olaya uygun olarak ilkenin değerlendirmeye alınacak olması ilkenin uygulanması açısından esnek yorumlara yol açsa da bu durum BM Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümlerine aykırılık teşkil etmez¹⁵⁶.

Çocuğun yüksek yararı standardının sadece hukukun çocuk tanımlamasına uyan bireylere değil "diğer çocuklar" olarak tanımlanan ve bu ilkenin uygulanmasının daha zor ve daha önemli olduğu bireylere de uygulanması gerektiği dile getirilmektedir¹⁵⁷. Belirtildiği gibi yüksek yarar standardının Batı geleneğinden doğmuş olması sebebiyle, bu noktada kültürel görelilik kavramı devreye girmekte ve Batılı ve modern çocuk algısı ile "diğer çocuk" diye tanımlanan ve Batı geleneğinin dışında kalan çocuk algısı arasındaki gerilime dikkat çekilmektedir¹⁵⁸. Örneğin çocuk, hukuken işçi sayılanlar açısından söz konusu olan işçi haklarını düzenleyen yasaların kapsamı dışında kalabilir. Bu halde yüksek yarar

¹⁵³ Freeman, s. 31.

¹⁵⁴ Best Interest of the Child, s. 17.

¹⁵⁵ Smolin, s. 956.

¹⁵⁶ Best Interest of the Child, s. 9. Ayrıca karar alıcıların tüm çabalarına rağmen çocuğun halihazırdaki durumu ile geleceğine ilişkin öngörülerin aynı anda dikkate alınması ve buna göre çocuğun üstün yararının tespit edilmesinin imkansızlığı nedeniyle de standart belirlemek güçtür. Bak, aynı yazar, s. 17.

¹⁵⁷ Best Interest of the Child, s. 21.

¹⁵⁸ Best Interest of the Child, s. 19.

standardının korumanın dışında kalan bu çocuklar açısından uygulanması gerektiği tartışılabilir. Elbette bu uygulama sorunlarını beraberinde getirecektir; ancak mutlak bir çocuk işçi tanımı yapmayan Sözleşme açısından ulusal düzenlemelerin dışında kalan çocukların korunmasında bu ilkenin yol gösterici olabileceği kanısındayız.

Sonuç olarak, Sözleşme devletlere mutlak bir çocuk işçi tanımını dayatmasa da, devletleri çocuğun yüksek yararı ilkesi ile sınırlamıştır. Devletler, bu ilkenin düzenlendiği üçüncü maddeden kaynaklanan çocuğun yüksek yararını gözetme yükümlülüklerini «sözleşmenin amacına uygunluk» ve «genel ilkelere saygı» kriterleri ışığında yerine getirmelidir.

B. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi sosyal hakların BM İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yeterli koruma görmediğinden hareketle kabul edilmiş Türkiye tarafından da 2003 yılında kabul edilmiştir¹⁵⁹.

Çocukların çalışma hayatının içinde yer alması temelde bir yoksulluk sorunudur. Yetersiz aile geliri, sosyal yardımların yetersizliği ve etkin olmayan sosyal politikalar çocukları çalışmaya itmektedir¹⁶⁰. Konuya bu çerçeveden bakıldığında ekonomik ve sosyal haklara ilişkin düzenlemelerin ve bu düzenlemelerin sonuçlarının da çocukları etkilemesi kaçınılmazdır.

¹⁵⁹ BM Genel Kurulu'nun 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararı ile kabul ettiği Sözleşme 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından 15.8.2000 tarihinde imzalanmış, 4.6.2003 tarihinde 4867 sayılı Onay Kanunu çıkarılmıştır (RG: 18.6.2003, No: 25142). RG'de bir adet çekince ve üç adet beyan da yer almıştır. Sözleşme 23.12.2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri II, s. 21 vd.

¹⁶⁰ **Fassa/Paker/Scanlon**, s. 96. **Bakırcı**, s. 21 vd.

BM Çocuk Hakları Komitesi'ne sunulan Nepal'in ilk raporunda da bu yargı desteklenmektedir. İlgili raporda şu çarpıcı ifadeler kullanılmaktadır¹⁶¹: «Sorunun kökleri yoksullukta yattığından, çocuk işçiliğini denetlemek ve önlemek kolay değildir. Çocuk emeği ekonominin örgütlenmemiş kesimlerinde ve hanelerde çalıştırılmaktadır. (...)Ülkede çocuk işçiliğinin daha fazla yaygınlaşması, mevcut sosyo-ekonomik gerçeklerin bir yansımasıdır. (...)Çocuklar uzun zamandan beri aileleri için bir gelir kaynağı oluşturmaktadır. Ailelerin alternatif gelir kaynakları olmadığı sürece çocuk işçiliği şu veya bu biçimde devam edecektir.»¹⁶² Bu ifadelerden sonra ileri sürülen çözüm önerisi ise çalışmanın yaşa, cinsiyete ve çocukların bedensel ve zihinsel kapasitelerine bağlanması ve çalışma saatlerinin kısaltılması yani koruyucu kimi önlemlerin alınması gibi kısa vadeli çözümlerdir.

Sözleşmenin denetim organı olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi kararlarında uzun vadede çocuk işçiliğine tamamen son vermeye ilişkin bir veri bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak ise Komite 18 numaralı Genel Yorum Kararı vermiştir¹⁶³.

1. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 13 ve 18 numaralı Genel Yorum Kararları

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması başlıklı 10. maddesi ile çocukların korunması düzenlenmiştir. Madde çocukların gelişimlerini, fiziksel veya ruhsal sağlıklarını etkileyecek tüm iş türlerinden korunmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Çalışma hakkı başlıklı 6. maddenin 2. fıkrasına göre ise çocukların teknik ve meslek eğitimi sahibi olmaları gerektiği teyit edilmekte, ayrıca çocukların ekonomik

¹⁶¹ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), UN Committee on the Rights of the Child: State Party Report: Nepal, 10 May 1995, CRC/C/3/Add.34, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6af550.html> Erişim tarihi: 8.6.2011.

¹⁶² Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı, s. 432.

¹⁶³ BM İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum Kararı 18, E/C.12/GC/18: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> Erişim tarihi: 5.6.20011.

sömürüden korunması, tam gelişimlerinin mümkün kılınması gerektiği belirtilmektedir.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 18 numaralı Genel Yorum Kararı çalışma hakkının temel bir hak olduğunu belirtmektedir. Kararda Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de atıf yapılarak çocukların zorla çalıştırılmaya karşı korunmaları gerektiği belirtilmekte, çalışma hakkının gerçeğe dönüşebilmesi için de teknik ve mesleki eğitimin sağlanması gerektiği ifade edilmektedir. 18 numaralı Yorum Kararı, teknik ve mesleki eğitimi genel eğitimin bir parçası olarak kabul eden 13 numaralı Genel Yorum Kararına da atıf yapmaktadır¹⁶⁴.

Komitenin eğitim hakkına ilişkin 13 numaralı Genel Yorum Kararına göre ise teknik ve mesleki eğitim hem eğitim hakkının hem de çalışma hakkının bir parçasıdır¹⁶⁵. Benzer şekilde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 26. maddesi de teknik ve profesyonel eğitimin herkese açık olması gereğini düzenlemektedir. Buna göre mesleki eğitim, 1989 UNESCO teknik ve mesleki eğitim sözleşmesine de paralel olarak, 'öğrencilerin, kişisel gelişimini, kendilerine güvenlerini, iş fırsatlarını artıracak bilgileri ve becerileri edinmelerini, taraf devletlerin ekonomik ve sosyal gelişimi de dahil olmak üzere ailelerin ve toplumların üretkenliğinin artırılmasını, toplumun, kültürel ve sosyolojik özelliklerinin dikkate alınarak farklı sektörlerdeki ihtiyaçlara uygun beceri, bilgi ve yeterlilik seviyesine erişebilmesi, mevcut bilgi ve becerileri geçerliliğini yitirenlere yeni ihtiyaçlara uygun olarak yeniden eğitilmesi, ayrımcılık yasağı ve eşitlik hükümleri bağlamında kadınların, kızların, okula gitmeyen gençliğin, çalışmayan gençliğin, göçmen işçi çocuklarının, mültecilerin, engellilerin ve diğer dezavantajlı grupların teknik ve

¹⁶⁴ Uyar, Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul 2006, s. 331. Bak. 13 numaralı Genel Yorum kararı par. 15-16.

¹⁶⁵ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> Erişim Tarihi: 5.6.2011. Ayrıca bak. Uyar, 220.

mesleki eğitimini geliştiren programlar' olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla mesleki eğitim bu unsurları taşımalıdır¹⁶⁶.

2. BM İnsan Hakları Komitesi 17 numaralı Genel Yorum Kararı

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin çocuk haklarına ilişkin 24. maddesi, taraf devletin herkesin sözleşme ile korunan haklardan yararlanabilmesi için gerekli tedbirleri almasının yanı sıra çocukların korunması için de özel tedbirler almasını gerektirir. Taraf Devlet raporları da bu yükümlülüğe paralel olarak özel olarak korunmalarının güvencelerine yönelik bilgiler içermelidir.

BM İnsan Hakları Komitesi ise, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin¹⁶⁷ imzacı ülkeler tarafından uygulanmasını izleyen bağımsız uzmanlardan oluşan bir organdır. Komite'nin çocuk haklarına ilişkin 17 numaralı Yorum Kararına¹⁶⁸ göre, Sözleşme'de yer alan tüm haklardan birey olarak çocuklar da yararlanır. Dolayısıyla çocuklara tanınan hakların 24. madde ile sınırlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Özel koruma tedbirlerine sahip olma hakkı her çocuğun küçük statüsünde olmasından dolayı sahip olduğu bir haktır.

BM İnsan Hakları Komitesi'ne göre devletler düzenlemelerin içeriğini belirleyebilirse de bu düzenlemeler Sözleşmede belirtilen haklardan yararlanmalarını sağlamaya yönelik olmalıdır. Taraf devletlerce çocukların zorla çalıştırılmalarını önleyecek her türlü ekonomik ve sosyal tedbir alınmalıdır¹⁶⁹.

Ayrıca 17 numaralı Genel Yorum Kararınının 3. paragrafına göre, çocukların kişiliklerinin gelişmesini sağlayacak ve düşünce ve ifade özgürlüğü başta olmak üzere Sözleşme'deki tüm haklardan yararlanmaları ve kişisel gelişimlerini sağlayacak eğitim düzeyine ulaşmaları için gerekli tedbirler de alınmalıdır.

¹⁶⁶ Uyar, 222.

¹⁶⁷ Sözleşme Türkiye tarafından da 4868 sayılı Onay Kanunu ile kabul edilmiştir. Bak. RG: 18.6.2003, No: 25142.

¹⁶⁸ [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/cc0f1f8c391478b7c12563ed004b35e3?Opendocum ent](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/cc0f1f8c391478b7c12563ed004b35e3?Opendocum ent) Erişim tarihi: 5.6.2011.

¹⁶⁹ [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/) Erişim tarihi: 5.6.2011. Ayrıca bak. Uyar, 36 vd.

Diğer taraftan yetişkinlik sınırı Sözleşme tarafından çizilmemektedir. Her devlet bu yaşı kendi belirleyecektir. Devletler ayrıca çocuğun yasal olarak hangi yaşta çalışmaya başlayacağına da belirlemelidir. Buna göre, asgari çalışma yaşına ilişkin makul olmayan ölçülerde genel üst sınır belirlenmemeli ve sınır düşük tutulmamalıdır. Ayrıca 24. madde uyarınca herhangi bir ayrımcı düzenleme kabul edilmemelidir. Zira ESHS'nin 24. maddesi Sözleşme'deki hiçbir hükmün, BM'nin çeşitli organlarının ve uzmanlık kuruluşlarının kurucu belgelerinin hükümlerini haleldar eder biçimde yorumlanmayacağına ilişkindir. Gerekli korumayı sağlama yükümlülüğü devlete, aileye ve topluma aittir¹⁷⁰.

II. ILO Düzenlemeleri

A. Tarihi Gelişim

Çocuk işçiliği olgusunu inceleyen birçok yazılı eser olmasına rağmen sorunun yasal yönünü işleyen hukuk metinlerinin sayısı oldukça azdır¹⁷¹. ILO çocuk işçiliğine ilişkin bağlayıcı kurallar koyan dolayısıyla konunun yasal yönüne eğilen ilk uluslararası örgüttür. Çocuk işçiliği ile mücadeleye ilişkin ILO'nun düzenlemeleri dört aşamalı bir seyir izlemiştir. İlk aşama 1919-1932 yılları arasındadır. Bu aşamada, Sanayide Asgari Yaşa İlişkin 5, Deniz İşlerinde Asgari Yaşa İlişkin 7, Tarımda Asgari Yaşa İlişkin 10, Trimci ve Ateşçiler için Asgari Yaşa İlişkin 15 sayılı ILO Sözleşmesi¹⁷² ile Sanayi Dışı İşlerde Asgari Yaşa İlişkin 33 sayılı ILO Sözleşmesi imzalanmıştır. Artık imzaya açık olmayan 33 sayılı Sözleşme diğer sözleşmelerin kapsamına girmeyen alanlar için bir torba sözleşme olarak düzenlenmişti. Bu beş sözleşme ile asgari çalışma yaşı

¹⁷⁰ Uyar, 37.

¹⁷¹ Cullen, Holly, The Role of International Law in the Elimination of Child Labor, Martinus Nijhoff Publishers, the Procedural Aspects of International Law Monograph Series Volume 28, Leiden, 2007, s.1.

¹⁷² RG: 2 Haziran 1959, No: 10220.

belirlendiyse de bu sözleşme hükümleri günümüz düzenlemelerinde göre daha esnek hükümler içermekte, devletlere daha geniş takdir imkanı tanımaktaydı¹⁷³.

1919'dan 1930'lara giden süreçte çocuk işçiliğine ilişkin tüm sözleşmeler asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemelerdir ve sektörlere özgülenmiş kurallar içerir. Sadece tarımda asgari yaşı düzenleyen 10 sayılı Sözleşme çocukların hem okulda hem de çalışma hayatında olabileceğini kabul etmiş, diğer sözleşmeler ise asgari yaşın altında çalışmaya başlanmasını yasaklamıştır. Esasen bu sözleşmeler günümüzün uluslararası hukuk belgelerinden çok iç hukuklardaki çalışma standartlarını belirleyen düzenlemelere daha çok benzetilmektedir¹⁷⁴.

1919 tarihli ILO Anayasası ve bu beş sözleşme çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasında ve '*çocuk işçi*'lerin kim olduğunu belirlemede başarısız olmuştur. İlk aşamada 14-17 yaş aralığı *genç* olarak belirlenmiştir. Bu yaklaşım özellikle genç (ergen) ifadesine yer veren 15 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesinde ve 33 sayılı Sözleşme'nin 6. maddesinde görülmektedir¹⁷⁵. İkinci aşamada, 5 sayılı Sözleşme 59 sayılı Asgari Yaş (Sanayi) Sözleşmesi¹⁷⁶ ile; 7 sayılı Sözleşme 58 sayılı Asgari Yaş (Deniz) Sözleşmesi¹⁷⁷ ile; 33 sayılı Sözleşme Sanayi Dışı İşlerde Asgari Yaşa İlişkin 60 sayılı Sözleşme ile revize edilmiştir. Bu sözleşmelere göre asgari çalışma yaşı belirtilen alanlarda 14'ten 15'e çıkarılmıştır. Böylece *çocuk* kavramı 15 yaş altını, *genç* kavramı ise 15-17 yaş aralığını ifade etmeye başlamıştır¹⁷⁸. Asgari çalışma yaşını tehlikeli işlerde daha da yukarı çekmek amacıyla 1959-1965 yılları arasında iki sözleşme daha imzalanmıştır. Bunlar, Asgari Yaşa (Yeraltı) İlişkin 123 sayılı Sözleşme¹⁷⁹ ile Asgari Yaşa (Balıkçılık) İlişkin 112 sayılı Sözleşme'dir.

¹⁷³ **Smolin, David M.**, Strategic Choices in the International Campaign Against Child Labor, Human Rights Quarterly Volume 22, 2000, s. 943: ErişimTarihi: 19.3.2011.

¹⁷⁴ **Cullen**, s. 1 vd.

¹⁷⁵ **Smolin**, s. 944.

¹⁷⁶ RG: 12 Aralık 1992 , No: 21433-Mükerrer.

¹⁷⁷ RG: 2 Haziran 1959, No: 10220.

¹⁷⁸ **Smolin**, s. 944.

¹⁷⁹ RG: 21 Mayıs 1991, No: 20877.

Böylece elli yıllık bir süreç içinde aile işleri dışında genel olarak asgari çalışma yaşı ilk olarak 14, daha sonra da 15 olarak belirlenmiştir. ILO'nun konu ile ilgili düzenlemeleri en az çalışma yaşına, gece çalışmasına, sağlık yoklamasına ve çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasına ilişkindir¹⁸⁰. Bu dönemdeki sözleşmelerde çocuk işçiliğini tamamen ortadan kaldırma amacına ilişkin bir söylem mevcut değildir. ILO'nun temel amaçlarını ortaya koyan 1944 Philadelphia Bildirgesi de çocuk işçiliğinin tamamen ortadan kaldırılması amacına temel ilkeler içinde yer vermemiş, bunun yerine bu konuda sessiz kalarak çocukların korunmasına sadece çocukların ve annelerin korunması başlığı altında değinilmiştir¹⁸¹.

ILO'nun 5, 7, 10, 15, 33, 58, 59, 60, 112, 123 ve 138 sayılı sözleşmeleri en az çalışma yaşına ilişkin olup Türkiye tarafından da imzalanan 15, 58, 59 ve 123 sayılı sözleşmeler sektörel ayırım gözetmekteydi; ancak 138 sayılı Sözleşme'nin¹⁸² kabulü ile artık sektörel ayırım ortadan kalkmıştır. Bu nedenle 138 sayılı Sözleşme esas alınmalıdır¹⁸³. Bunun yanında 115 sayılı Sözleşme ile 127 sayılı Sözleşme de Türkiye tarafından onaylanmıştır¹⁸⁴.

ILO'nun 6, 79, 90 sayılı sözleşmeleri genç işçilerin gece döneminde çalışmalarına; 16, 77, 78 ve 124 sayılı sözleşmeleri ise sağlık yoklamalarına, 182 sayılı Sözleşme de en kötü çalışma biçimlerinin yasaklanması ve ortadan kaldırılmasına ilişkindir. Türkiye bunlardan sadece 77 sayılı Gençlerin Tıbbi Muayenesine İlişkin (Sanayi) Sözleşme¹⁸⁵ ile 182 sayılı Sözleşme'yi¹⁸⁶ onaylamıştır.

¹⁸⁰ **Baştürk, Faruk**, Avrupa Sosyal Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Türk Hukuku, Hukuk ve Adalet, Bahar 2004, S: 2, s. 238.

¹⁸¹ **Smolin**, s. 944.

¹⁸² 23.1.1998 tarihli ve 4334 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG: 27.1.1998, No: 23243). Sözleşme 1.11.1999 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır. Bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri II, s. 667.

¹⁸³ **Centel**, Asgari Çalıştırma Yaşı, s. 294.

¹⁸⁴ 127 sayılı Sözleşme, 30.11.1972 tarihli ve 1635 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG: 07.12.1972, No: 14384). 115 sayılı Sözleşme ise, 7.3.1968 tarihli ve 1033 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG: 23.3.1968, No: 12856).

¹⁸⁵ 16.08.1983 tarihli ve 2878 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG: 18.08.1983, No: 18139).

Görüldüğü gibi ilk sözleşmelerin odağında formel sektörler vardır. Çocuk kelimesi de asgari yaşın altında çalışan çocuklar için öngörülmüştü. Dolayısıyla bu dönemde ILO, 10'lu yaşların ortalarındakileri (*teenage*) genç olarak tanımlamıştır¹⁸⁷. 138 sayılı Sözleşme ise bu yaklaşımdan uzaklaşmıştır. Bu nedenle Sözleşme, önemli bir strateji değişikliğine işaret etmektedir.

Dolayısıyla üçüncü aşamada 1973 tarihli 138 sayılı Sözleşme yer almaktadır. Bu sözleşmede çocuk işçiliğinin tamamen ortadan kalkması ve asgari çalışma yaşının tedricen yükseltilmesi amaçlarına açıkça yer verilmiştir. 1973 tarihli 138 sayılı ILO Sözleşmesi tüm sektörleri kapsayan bir düzenleme getirmiştir. Bununla beraber önceki sözleşmelerdeki asgari yaş belirleme geleneğini de sürdürmüştür. Sözleşme üç farklı kategori belirlemiştir. Bunların ilki genel kategori olarak tanımlanan genel asgari çalışma yaşı, ikincisi hafif işler, son kategori ise tehlikeli işlerdir.

138 sayılı Sözleşme ile düzenlenen *hafif iş* kavramı çalışmanın okulla bağlantısı nedeniyle ortaya çıkmış, hafif iş eğitim hayatına müdahale etmeyen çalışma biçimleri olarak tanımlanmıştır. Önceki sözleşmelerden daha iddialı bir sözleşme olmakla beraber 138 sayılı Sözleşme'nin asgari çalışma yaşından farklı olarak tehlikeli işlerde çalışma yaşının 18'e çekilmesi ve hafif iş kavramlarını da düzenlemesi karmaşıklığa sebep olmuştur¹⁸⁸.

138 sayılı Sözleşme'nin bir diğer önemi daha önceki sözleşmelerden farklı olarak asgari çalışma yaşının yanında çalışan çocuklar için asgari çalışma standartlarını da belirlemiş olmasıdır. Diğer taraftan Sözleşme, onaylayan ülke sayısındaki azlıktan ötürü başarısız görülmüştür. 138 sayılı Sözleşme'nin başarısızlığı

¹⁸⁶ 25.1.2001 tarihli ve 4623 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG: 3.2.2001, No: 24307). Sözleşme 2.8.2002 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır. Bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri II, s. 683.

¹⁸⁷ **Smolin**, s. 948.

¹⁸⁸ **Smolin**, s. 945.

onaylayan ülke sayısındaki azlıktan kaynaklanmaktaydı. 1996'ya gelindiğinde Sözleşme sadece 73 ülke tarafından imzalanmıştı. Asya ülkelerinin hiçbiri ise Sözleşmeyi imzalamamıştı. Bu da, Sözleşmenin korumasından Hindistan, Pakistan, Çin gibi ülkelerdeki çocukların yararlanamaması sonucunu doğurmaktaydı. 1998 tarihli Temel Haklar Bildirgesi'nin kabulünden sonra ILO Bildirge'deki sözleşmelerin imzalanması kampanyası başlatmış ve bunu takiben 138 sayılı Sözleşme'nin imzacıları 10 yılda üçe katlanmıştır¹⁸⁹.

Bu aşamalara bakıldığında çocuk işçiliğinin zamanla çevreden merkeze ilerlediği ve ILO'nun odağına yerleştiği, daha büyük bir amaç olan sosyal adaletin sağlanmasında da öncü mücadele olduğu, teknik destek programlarıyla desteklenmesi gerektiği ve son olarak önceliklendirme politikalarının, yani çocuk çalıştırılmasının tamamının değil öncelikle en kötü biçimlerinin önüne geçilmesi yaklaşımının öne çıktığı görülmektedir. Böylece çocukların çalışması düzenlenirken, çalışma şartlarının yanında insan hakları ve ceza hukuku alanlarıyla da ilişki kurulmaya başlanmıştır¹⁹⁰.

182 sayılı Sözleşme ile gelinen dördüncü aşamada ILO, çocuk işçiliğinin belli formlarını öncelikli hale getirerek eylemlerinin merkezine taşımıştır. Sözleşme'ye göre de çocuk, 18 yaşın altındaki kişi olarak tanımlanmıştır. Başka uluslararası sözleşmelerin de konusu olan insan ticareti, kölelik ve kölelik benzeri uygulamalar, çocukların silahlı çatışmalarda ve uyuşturucu ticaretinde veya yasa dışı diğer işlerde kullanılması, çocuk fuhuşu gibi meseleler en kötü çalıştırma biçimleri sayılmıştır (md. 3/a, b, c). Oysa bu alanların birçoğu 182 sayılı Sözleşme'ye gelinceye kadar geleneksel olarak çalışma hayatı düzenlemelerinin dışında kalmaktaydı.

Görüldüğü gibi çocukların çalıştırılması ile mücadele, farklı zamanlarda ve farklı şekillerde uzun zamandır sürdürülmektedir. Çocukları koruma zorunluluğu kabul

¹⁸⁹ Cullen, s.3. Zira Bildirge'nin 2/c hükmü çocuk işçiliğine etkin biçimde son verilmesini düzenlemektedir.

¹⁹⁰ Smolin, s. 946.

edilmekle beraber bunun yöntemleri yere, zamana ve çalışmanın görüldüğü topluma göre değişiklik göstermektedir¹⁹¹. Genelde bu sorunla mücadele, bu olgunun tamamen ortadan kaldırılması ve tedricen azaltılması olmak üzere iki şekilde düşünülmüştür¹⁹².

Dolayısıyla gelinen noktada temel ILO sözleşmeleri sayılan 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler ILO Sözleşmesi'ne ve İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin 138 sayılı ILO Sözleşmesi'ne paralel olarak iki aşamalı bir plan tavsiye edilmektedir. Buna göre: «İlk aşamada kısa vadeli plan olarak çalışmanın en kötü biçimlerine son verilmesi ve çalışan diğer çocukların durumlarının iyileştirilmesi hedeflenirken, ikinci aşamada ise çalışma hayatından çocukların tamamen çekilmesi hedeflenmektedir.»¹⁹³

B. ILO'da Yeni Yaklaşım: 1999 tarihli 182 sayılı Sözleşme¹⁹⁴

17 Haziran 1999'da 87. ILO Konferansı'nda 182 sayılı Sözleşme kabul edildi. Sözleşmenin kabulü çocuk işçiliği ile mücadelede önemli bir dönüm noktasıdır¹⁹⁵. Zaten Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki çocuk ve 138 sayılı ILO Sözleşmesi'ndeki çocuk işçi tanımının her koşulda kabul gördüğünü söylemek mümkün değildi. 1990'ların ortalarından itibaren zararlı çocuk çalışmalarıyla zararlı olmayanlar arasında bir sınır çizilmeye başlanmış, ancak belirsizlik varlığını korumuştur¹⁹⁶.

1992'ye gelindiğinde ILO, IPEC'i (Çocuk İşçiliğinin Sona Erdirilmesi Uluslararası Programı) kurmuştur. Çocuk işçiliği ile mücadele eden ülkelerde

¹⁹¹ İnan, Ali Naim, Çocuğun Korunması ve Polis, AÜHFD, Yıl:1980, C:37, Sayı:1/4, s. 1.

¹⁹² Bakırcı, s. 459.

¹⁹³ ILO veritabanı: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_138.htm Erişim Tarihi: 29.10.2010.

¹⁹⁴ 25.1.2001 tarihli ve 4623 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG: 3.2.2001, No: 24307). Sözleşme 2.8.2002 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır. Bak. Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri II, s. 683.

¹⁹⁵ Smolin, s. 942.

¹⁹⁶ Cullen, s.7.

yapılan teknik destek projelerinden doğan ihtiyaçlar doğrultusunda 1999 tarihli 182 sayılı Sözleşme ve ona eşlik eden 190 sayılı Tavsiye Kararı kabul edilmiştir.

138 sayılı Sözleşmedeki geniş kapsamlı bir son verme yaklaşımının aksine 182 sayılı Sözleşme en kötü çalışma biçimlerini ortadan kaldırmaya yöneliktir¹⁹⁷. Böylece çocukların çalıştırılması için asgari çalışma yaşı belirlenmesinin yanında çocuklar açısından zararlı çalışma biçimlerinin belirlenmesi ve ayıklanması yoluna gidilmiştir¹⁹⁸.

1999 yılında 182 sayılı Sözleşme'nin kabulünün ardından 169 ILO üyesi 182 sayılı Sözleşme'yi imzalamıştır. Böylece imzacı devletler söz konusu çalışma biçimlerini önlemek ve sona erdirmekle yükümlü hale gelmişlerdir. Ayrıca sözleşmenin 7. maddesi devletlerin, en kötü çalışma biçimlerindeki çocuk istihdamına son verme yükümlülüğünün yanı sıra böyle çalışan çocukların rehabilitasyonuna sağlama yükümlülüğünü de düzenlemiştir.

Belirtildiği üzere 182 sayılı Sözleşme ile ortadan kaldırma yaklaşımı yerini önceliklendirme yaklaşımına bırakmıştır. Buna göre çocuk işçiliğiyle mücadele en kötü, çocuklara en çok zarar veren çalıştırma biçimlerine odaklanmaktadır. Tüm çocuk işçiliği türlerinin zararlı olduğu fikrinden hareket eden 138 sayılı Sözleşme'nin yaklaşımı reddedilerek kimi çocuk işçiliği türlerinin kabul edilebilir olduğu fikri öne çıkmaktadır. Elbette bu yaklaşıma yönelik eleştiriler de bulunmaktadır¹⁹⁹.

Diğer taraftan bu önceliklendirme ve en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin sona erdirilmesi seferberliğinin, geleneksel alanları dışlayıp geleneksel olarak çalışma hayatı düzenlemelerinde yer alan ve çok küçük yaştaki çocukların çalışma yaşasını veya okul hayatına müdahale eden çalışma biçimlerini doğrudan en kötü

¹⁹⁷ Cullen, s.4; Centel, Asgari Çalıştırma Yaşı, s. 219.

¹⁹⁸ Fassa/Paker/Scanlon, s. 1.

¹⁹⁹ Cullen, s.5. Bak. Bakırcı, s. 167 vd.

çalışma biçimi saymaması eleştirilmektedir²⁰⁰. 138 sayılı Sözleşme'deki çocuk çalışmasına tamamen son verme yaklaşımının aksine 182 sayılı Sözleşme çocuk işçiliğinin en kötü çalışma biçimlerini ortadan kaldırmaya yöneliktir²⁰¹. Diğer taraftan 138 sayılı Sözleşme'nin anlayışının tamamen terk edildiğini söylemek mümkün değildir. 1998 ILO Bildirgesi'ne göre her iki sözleşme de çekirdek, temel sözleşmelerdir. Ancak Bildirge'deki temel sözleşmeler arasında en az onaylanan sözleşme 138 sayılı Sözleşme'dir ve bu durum artan imzacı ülke sayısına rağmen birçok gelişmekte olan ülke açısından 138 sayılı Sözleşme'nin katı yapısının uygunluğunu sorgulatmaktadır²⁰².

182 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesinin a, b ve c bentlerinde sayılan haller çocuk çalıştırılması yasağının en açık olduğu durumlardır. Bunlar, çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu içermektedir.

182 sayılı Sözleşme'nin yaklaşımını eleştirenler dahi kölelik benzeri uygulamaların da hedef seçilmesini uygun bulmaktadır²⁰³. Diğer taraftan bu uygulamalar çocuk ya da yetişkine yönelik olsun ya da olmasın insan haklarına zaten aykırıdır.

Çocukların cinsel sömürsününün 182 sayılı Sözleşme içinde sayılması ise çalışma hayatından uzaklaşarak ceza hukuku alanına yaklaşıldığı gerekçesiyle

²⁰⁰ Bakırcı, s. 177; Smolin, s. 947.

²⁰¹ Cullen, s.4.

²⁰² Cullen, s.8.

²⁰³ Cullen, s.13; Smolin, 949 vd.

eleştirilmektedir²⁰⁴. Diğer taraftan insan hakları yaklaşımının koruyucu yapısının bu çalışma türlerinin en kötü çalışma biçimleri olarak sayılmasını haklı kıldığı savunulmaktadır²⁰⁵.

Askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasının en kötü çalışma biçimi sayılması da ilk bakışta insancıl hukukun ya da genel olarak çocuk haklarının konusu olması gerektiği düşünülebilirse de artık çocuk işçiliği konusu çalışma standartlarının düzenlenmesinden insan haklarına doğru bir eğilim göstermektedir²⁰⁶. Konu artık sadece çalışma hayatına ilişkin bir sorun değildir. Zira 1998 yılında kabul edilen Uluslararası Ceza Divanı Statüsü çocuk asker kullanımını çocuk emeğinin sömürsünden başka ayrıca bir uluslararası suç saymıştır, BM'nin 2000 yılında kabul ettiği Uluslararası Organize Suça Karşı Sözleşme de yine en kötü çocuk çalıştırma biçimlerine işaret etmektedir. 2005'te de Avrupa Konseyi insan ticaretiyle mücadele sözleşmesini imzalamıştır. Dolayısıyla çocuk çalışmasının bu görünümleri 182 sayılı Sözleşme'ye de yansımıştır²⁰⁷.

182 sayılı Sözleşme'nin üçüncü maddesinin d bendi ise torba hükümdür. Bu hüküm doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işleri kapsar. Diğer taraftan Sözleşme doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı işler hakkında pek az bilgi vermektedir.

Bu yaklaşıma ilk eleştiri, bu yaklaşımın bir stratejinin ilk basamağı olmaktan çıkıp kampanyanın bütünü haline dönüşme riskini taşımasıdır. 3/d bendinin belirsizliği karşısında birçok çalışan çocuğu stratejinin dışında bıraktığı için eleştirilmektedir. Ayrıca imzacı ülkeler açısından da yeterli yasal düzenlemenin yapıp yapılmadığı

²⁰⁴ Cullen, s. 44; Smolin, 948 vd.

²⁰⁵ Cullen, s. 74.

²⁰⁶ Cullen, s. 119.

²⁰⁷ Cullen, s.6.

hususunda tereddüde sebep olmaktadır²⁰⁸. Kaldı ki, bu durum ILO denetim organları açısından da zorluk çıkaracaktır.

Hem çok sınırlı bir koruma sağladığı hem de etkin bir denetim gerektirdiği ve bu birçok ülke açısından bu denetimin sağlanamadığı gerekçeleriyle, 182 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesinin d bendi özellikle eleştirilmektedir. Ayrıca a ile c bendlerindeki çalışma biçimlerinin ILO'yu uzmanlığı olduğu konudan uzaklaştırarak uluslararası ceza hukukunun bölgesine taşıdığı için ayrıca eleştirilmektedir²⁰⁹.

Bunun dışında çalışmanın kendi başına zararlı olduğunu düşünenler de önceliklendirme yaklaşımına karşı çıkmaktadır²¹⁰. ILO da çocuk işçiliğinin sona ermesinin nihai amaç olduğunu kabul etmektedir. Örtülü olarak 182 sayılı Sözleşme'nin bir standarttan, ilkedden çok strateji olduğu üzerinde durulmaktadır. Gerçekten de Sözleşme, daha büyük bir stratejinin (1998 Bildirgesi ve IPEC ile beraber) bir parçasını oluşturmaktadır²¹¹.

182 sayılı Sözleşme, tehlikeli sayılan işlerde 18 yaşın altında çocuk çalıştırılmasını yasaklamıştır. Tehlikeli çocuk işçiliği listesinin ise düzenli olarak gözden geçirilmesi ve gerektiği takdirde yeniden düzenlenmesini öngörmektedir (md.4/f.3). Böylece hem ülke koşullarına hem de zaman göre bir değerlendirme yapmak mümkün olmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken problemin boyutu, kaç çocuğun bu aktivite içinde olduğu, çocukların sağlığına zarar verme olasılığı ve olası zararın şiddetine bakılmaktadır. Örneğin daha az ciddi bir problem büyük bir kitleyi etkiliyor olabilir. İkinci ve üçüncü değerlendirme kriteri ise çocukların özel durumlarına göre belirlenmelidir. Burada olmayan işlerin tümünün kabul edilebilir olduğu ya da listedeki işler dışında kabul edilemez işlerin bulunmayacağı iddia edilemez. Herhangi bir risk taşımayan bir iş yoktur, ancak

²⁰⁸ Cullen, s. 137.

²⁰⁹ Cullen, s.5; Smolin, 948 vd.

²¹⁰ Cullen, s. 136. Bak. Bakırcı, s. 167 vd.

²¹¹ Cullen, s. 137.

listenin amacı çalışmaya elverişli her aktivitenin katalogunu çıkarmak değildir, liste sadece kabul edilemez riskleri göstermektedir²¹².

182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin amacı çocuk işçiliğinin her türünün ortadan kaldırılması değildir, bu nedenle çocuk işçiliğine ilişkin diğer sözleşmelerden ayrılması gerektiği belirtilmektedir²¹³. Çocuk çalıştırılmasını yasaklamadığı için de çocuk/genç işçi ayırımı yapmaksızın salt çocuğu on sekiz yaşından küçük işçi olarak tanımlamıştır²¹⁴. Zira Sözleşme'nin amacı sadece kötü şartlardaki çocuk işçiliğini ortadan kaldırmaktır, dolayısıyla diğer sözleşmeleri tamamlayıcı bir nitelik kazanmaktadır²¹⁵.

Çocuk çalışmasına ilişkin olarak yukarıda sözü edilen sözleşmelerin yanında diğer ILO Sözleşmeleri de çocukların çalışmalarını ilgilendirdiği ölçüde uygulanacaktır. Örneğin 29 numaralı Zorla Çalıştırmaya İlişkin Sözleşme²¹⁶ ile 95 sayılı Ücretin Korunmasına İlişkin Sözleşme²¹⁷ yeri geldiğinde uygulama alanı bulabilecektir²¹⁸.

C. Tanım Sorunu

1. ILO Sözleşmelerine Göre Çocuk İşçi

ILO çalışma şartlarını düzenlerken belli tanımlar kabul etmiş, bu tanımlardan hareketle çalışma hayatına ilişkin standartları belirlemiştir. Tarihi süreç içinde çocuk işçi kimdir sorusu ILO tarafından cevaplanmıştır; ancak bu tanım sabit kalmamış, zamanla değişikliğe uğramıştır.

ILO Sözleşmeleri geleneksel olarak asgari çalışma yaşının altındakileri çocuk işçi olarak tanımlamakta, bu yaşın üzerindeki ifade etmek için ise (15-18) genç

²¹² Fassa/Paker/Scanlon, s. 259.

²¹³ Centel, Tankut, 182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi, TÜHİS 2002, s. 10.

²¹⁴ Centel, 182 sayılı Sözleşme, s. 10.

²¹⁵ Centel, 182 sayılı Sözleşme, s. 11.

²¹⁶ RG: 27.01.1998, No: 23243.

²¹⁷ RG: 28.10.1960, No: 10641.

²¹⁸ Fassa/Paker/Scanlon, s. 83.

veya bunu karşılayacak sözcükleri kullanma yoluna gitmiştir²¹⁹. 138 sayılı Sözleşme’de de çocuk işçiliğinin sözleşmede belirtilen standartların altındaki çalışmaları belirttiği yinelenmiştir²²⁰.

138 sayılı Sözleşme 18 yaş altı için çalışmanın tehlikeli olacağı işler olduğunu düzenlemiştir. Bunun istisnası da 16-18 yaş arasındaki gençlerin çalışabilecekleri işlerin belirlenmesine izin vermesidir. Yine 12-14 yaş aralığı için hafif işler öngörmüştür. Buna göre bu standartların altında çalışanlar çocuk işçi sayılmıştır.

182 sayılı Sözleşme ise BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nden de geniş bir tanım getirmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi tanımı da 18 yaş altını çocuk kabul etmekle beraber iç hukukta erginlik yaşının farklı belirlenmesine olanak tanımıştır. 182 sayılı Sözleşme’ye göre ise daha erken erginlik kazanılsa veya evlilik söz konusu olsa bile 18 yaş altındakiler çocuktur²²¹. Böylece ILO Sözleşmelerinde ilk defa 18 yaş altındaki herkes çocuk olarak tanımlanmıştır. Bu bir bakıma çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması hedefini, tüm sektörler için 18 yaş altındaki çocuk çalışmasını kapsayacak hale getirmiştir²²².

Ayrıca ücretsiz ev hizmetleri de, eğer uzun çalışma sürelerine yayılmış, sağlıksız koşullarda, tehlikeli bölgelerde yapılıyorsa, sağlığı tehdit eden araçlar ve ağır yükleri barındırıyorsa tehlikeli işlerde çocuk çalışması sayılmıştır²²³. 182 sayılı Sözleşme’ye göre ücretsiz ev hizmetlerinde çalışan çocuklar da bu işler tehlikeli sayılabildiği ölçüde çocuk işçi sayılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu ev hizmeti tehlikeli olduğu sürece bu çalışma biçimi de en kötü çalışma biçimi kapsamına alınmaktadır.

²¹⁹ Smolin, s. 976.

²²⁰ Smolin, s. 949.

²²¹ Smolin, s. 976.

²²² Smolin, s. 976. Bununun 182 sayılı Sözleşmenin uygulamasını zorlaştıracığı ifade edilmektedir. Birçok ülke açısından 16-17 yaş aralığındaki kişiler evlenmeye ehil, çalışmak ve yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olan ve eğitimlerini tamamlamıştır. Bu nedenle Çocuk Hakları Sözleşmesi’ndeki gibi ulusal düzenlemelerdeki istisnalara izin veren, ya da daha aşağıda bir üst sınır çizen hükümlerin daha yerinde olabileceği ifade edilmektedir. Bak. Smolin, s. 977.

²²³ Global Child Labour Developments, s. 17.

2. ILO İstatistiklerine Göre Çocuk İşçi

ILO ve İstatistik Bürosu çalışmalarıyla, ulusal veri sistemine (SNA/System of National Accounts) göre çalışan çocuklara ilişkin çeşitli tanımlar getirilmiştir²²⁴. Çocuk işçiliğine ilişkin tanımlar, istatistiklerin toplanmasında özel öneme sahiptir. Zira istatistikler için veri toplanırken çeşitli kaygılar ön plana çıkmıştır. Dolayısıyla veriler elde edilirken sözleşmelerdeki hukuki tanımlar dışına çıkılabilmektedir. Örneğin 1994 yılında Türkiye’de yapılan çocuk işçi çalışmasına ilişkin istatistik de buna örnek gösterilebilir²²⁵. Buna göre haftada en az bir saat çalışan çocuklara, kendi evlerinde ev hizmetlerinde çalışan çocuklar da dahil edilerek bir inceleme yapılmıştır. Oysa haftada bir saat çalışan bir çocuğun hukuken «işçi» olarak kabul edilmesi şüphelidir²²⁶.

Benzer bir örneğe de uluslararası çocuk işçiliği istatistiklerinde rastlanmaktadır. 138 sayılı Sözleşme uyarınca kural olarak asgari çalışma yaşı 15 olarak belirlenmiş olsa da hafif işler için 12-14 yaş aralığının öngörülmesine imkan verilmiştir. Bunun yanında imzacı ülkelere 138 sayılı Sözleşme’nin kapsamı dışında bırakabilecekleri sektörleri belirleme imkanı da tanındığı için bu sektörler dışında çalışan daha küçük yaşlardaki çocuklar tartışmalı bir şekilde çocuk işçi sayılmayabilmektedir²²⁷. Buna rağmen ILO’nun çocuk işçiliği istatistiklerinde 5-12 değil, 5-14 yaş aralığında çalışanlar çocuk işçiliği olarak düzenlenmiştir²²⁸. Aynı şekilde gelişmekte olan ülkeler için asgari çalışma yaşı 15 yerine 14 olarak öngörülmüş, buna rağmen istatistiklerde 14 yaş altı değil, 15 yaş altı çocuk işçi olarak belirlenmiştir.

²²⁴ Fassa/Paker/Scanlon, s. 2.

²²⁵ Smolin, s. 951.

²²⁶ Türk İş Hukukunda ‘çocuk işçi’ teknik bir kavram olup, kanımızca iş sözleşmesi ile bağımlı çalışmakla beraber 18 yaşın altındaki her işçi “çocuk işçi” değildir. Çocuk işçi 4857 sayılı Kanun’a özgü bir kavram olup, bunun için aranan şartlar ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. Bak. İkinci Bölüm, s. 83 vd.

²²⁷ Smolin, s. 959.

²²⁸ Smolin, s. 948.

5 Aralık 2008 tarihli 18. ILO Çalışma İstatistikleri Konferansı'nda da konu gündeme gelmiş ve Çocuk İşçiliği İstatistiklerine İlişkin Karar²²⁹ kabul edilmiştir. Bu kararın en önemli noktası ekonomik olarak aktif çocuk tanımından üretici faaliyet içinde olan çocuklar tanımına geçilmiş olmasıdır. Bu birkaç nedenden ötürü önemli sayılmıştır. Ekonomik olarak aktif çocuk tanımı hatalı kabul edilmekte, ekonomik aktivitenin yetişkinlerin çalışması için üretilmiş bir terim olduğu üzerinde durulmaktadır. Zira ILO'nun ekonomik olarak aktif yetişkin tanımı içine, işsiz olup iş arayanlar da girmektedir. Dolayısıyla zaten bir iş arayışında olmaması gereken çocuklar söz konusu olduğunda bu tanımlamanın uygun olmadığı ileri sürülmüştür²³⁰.

Böylece son kabullere göre, referans alınan bir hafta içinde en az bir saat çalışma şartı da artık 'işgücü içindeki çocuk' olarak tanımlanmaktadır. Bunun yanında artık kendi evinde günlük işlerde çalışan çocukların da bu işler tehlikeli sayılmaya elverişli olduğu ölçüde çocuk işçi sayılmasının önü açılmış olacaktır. Cinsiyet ayrımcılığı noktasında da bu yeni yaklaşım ev hizmetlerinde çalıştırılan kız çocuklarını görünür kılacağı için önem taşımaktadır.

O halde ILO istatistiklerinde çalışan çocuk kavramı, işgücü içindeki çocuklar veya ekonomik olarak aktif çocuk kavramları birbirleri yerine kullanılmakta ve çocuk işçiden daha geniş bir kavramı karşılamaktadır²³¹. Buna göre 5-17 yaş aralığında 306 milyon çocuk ekonomik olarak aktif olarak belirlenmiştir. Bu oran neredeyse bu yaş grubundaki çocukların 1/5'ine karşılık gelmektedir (% 19,3). 5-14 yaş aralığında ise 176 milyon çocuk ekonomik olarak aktiftir. 2004 verilerine kıyasla sayıları azalsa da bu düşme eğilimi tüm yaş gruplarında uyumluluk göstermemektedir²³². 2004-2008 yılları arasında 5-14 yaş aralığındaki çocukların çalışmasında 196 milyondan 176 milyona azalma olmuştur. Aynı yıllar arasında

²²⁹ Resolution Concerning Statistics of Child Labour: http://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/standards-and-guidelines/resolutions-adopted-by-international-conferences-of-labour-statisticians/WCMS_112458/lang--en/index.htm. Erişim tarihi: 5.6.2011.

²³⁰ Fassa/Paker/Scanlon, s.21.

²³¹ Global Child Labour Developments, s.3.

²³² Global Child Labour Developments, s.3.

15-17 yaş aralığındaki çalışan çocuk sayısı 127 milyondan 129 milyona yükselmiştir²³³.

Çocuk işçi kavramı ise çalışan çocukların alt kümesini oluşturmaktadır. En kötü çalışma biçimlerindeki çocukları da kapsayacak şekilde asgari çalışma yaşının altında ve hafif işler dışında çalışan çocukları kapsamaktadır. Bu halde çocuk işçi, hafif işlerde çalışan çocukları ve asgari yaşın üzerinde çalışanlar ile yaptıkları iş tehlikeli işler içinde sayılmayan çocukları dışlamaktadır. Tehlikeli sayılan çalışmalar ise tehlikeli meslek, endüstri ya da işi kapsayabileceği gibi gece çalışmasını ve uzun süreli çalışmaları da kapsamaktadır.

İstatistiklerde tehlikeli işler dışında, diğer en kötü çalışma biçimleri (182 sayılı Sözleşmenin a, b ve c fıkralarında düzenlenen çalışmalar) doğrudan ölçülemezle beraber bu çalışma biçimlerinin, çocuk işçiliğinin % 3'ünü oluşturduğu tahmin edilmektedir.

Sonuç olarak çocuk işçi öngörülen asgari yaşlarının altında çalışanlar ile en kötü çalışma biçimlerinde (diğer kötü çalışma biçimlerinde (182 sayılı Sözleşme md. 3/a, b, c) ve tehlikeli işlerde (182 sayılı Sözleşme md. 3/d)) çalışan çocukları kapsamaktadır²³⁴. Belirtildiği gibi ücretsiz ev hizmeti ve kapsam dışında bırakılan tarım işleri olsa bile tehlike taşıyan işler, yani uzun çalışma sürelerine yayılmış, sağlıksız koşullarda, tehlikeli bölgelerde yapılan veya sağlığı tehdit eden araçlar ve ağır yükleri barındıran işler de tehlikeli çalışma biçimi sayılmıştır²³⁵. 2004-2008 yılları arasında 5-14 yaş aralığında tehlikeli işlerde çalışan çocuklar 23 milyon azalırken, 15-17 yaş aralığında tehlikeli işlerde çalışan çocuklar 10 milyon artmış, bu veri sistemine göre çocuk işçiliğinde toplamda 13 milyonluk bir artış gözlemlenmiştir²³⁶.

²³³ Global Child Labour Developments, s. 4.

²³⁴ Global Child Labour Developments, s. 18.

²³⁵ Global Child Labour Developments, s. 17.

²³⁶ Global Child Labour Developments, s. 10.

III. Avrupa Konseyi ve AB Düzenlemeleri

Avrupa Konseyi düzeyinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²³⁷ genel olarak sosyal haklara yer vermemektedir. AİHS'nin kabul edildiği dönemde genel kanı ekonomik ve sosyal hakların hukuki olmaktan çok ahlaki ve siyasal ağırlıklı olduğu yönündeydi²³⁸.

Diğer taraftan 1950'li yıllarda Avrupa Konseyi nezdinde, sosyal alanda da ortak politikanın oluşturulması amacıyla ilk adımlar atılmış, sosyal hedefleri belirleyen, sosyal alandaki faaliyetlere yol gösteren ve bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tamamlayıcısı olan Avrupa Sosyal Şartının hazırlanması gündeme gelmiştir²³⁹. Şart, Türkiye tarafından 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁴⁰. Nihayetinde Şart'taki hakların gerek kapsamının gerekse düzeyinin yetersizliği üzerine gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı gündeme gelmiş, Şart'ın maddi içeriği önemli ölçüde genişletilmiştir²⁴¹.

A. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Türkiye tarafından Avrupa Sosyal Şartı'nda düzenlenen toplam 19 haktan 11'inin tüm bentlerinde, madde 4'ün sadece iki bendinde, 7. maddenin ise altı bendinde düzenlenen yükümlülükler kabul edilmişti²⁴². Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ise Türkiye tarafından 6.10.2004 tarihinde imzalanmış ve 5447 sayılı Kanun'a ilişik beyan ile yürürlüğe girmiştir²⁴³. Buna göre Gözden Geçirilmiş Şart'ın çocukların ve gençlerin korunma hakkı başlıklı 7. madde tüm bentleriyle kabul edilmiştir.

²³⁷ Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 1950 tarihinde imzalamış, Sözleşme Türkiye bakımından 1954 tarihinde yürürlük kazanmıştır. RG: 19.3.1954, No: 8662. Bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri I, s. 5 vd.

²³⁸ **Sur, Melda**, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir 1995, s. 7.

²³⁹ **Sur**, Uluslararası Kaynaklar, s. 71.

²⁴⁰ RG: 7.8.1989, No: 20312. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nın pek çok hükmünü onay kapsamı dışında tutmuş, örneğin çocukların korunmasına ilişkin 7. maddenin belli fıkralarını kabul etmiş ve bu tutum öğretilde eleştirilmiştir. Bak. **Sur**, Uluslararası Kaynaklar, s. 93.

²⁴¹ **Sur**, Uluslararası Kaynaklar, s. 99 vd.

²⁴² **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri I, s. 298.

²⁴³ RG: 9.4.2007, No: 26488. Bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri I, s. 298.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi birinci kuşak haklara odaklanmaktadır. İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki yaşama hakkı ve zorla çalışmanın engellenmesi konuları özellikle en kötü çalışma biçimleri ile de ilişkili olabilmektedir. Sosyal Şart ise özellikle ikinci kuşak haklara odaklanmaktadır. Normatif düzeyde Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı 31 tane hak içermektedir. Bunların birçoğu çocuk çalışması ile ilişkindir. Çocukların ve gençlerin korunması başlıklı 7. maddesi önemli düzenlemelere yer vermektedir.

Uluslararası araçlar farklı yollardan aynı hakları koruyabilirler, bunların başında da denetim mekanizmaları gelir. Sosyal Şart'ın denetim mekanizması da zamanla güçlenmiştir. Denetim mekanizması olarak yargı usulü benimsenmemiş olsa da yargı benzeri usullerle (toplu şikayet) ve raporlama usulü ile denetim sağlanmaktadır. Toplu şikayet sistemi öngören Ek Protokol hükümleri sadece Protokolü onaylayan ülkelere uygulanacaktır. Diğer denetim usulleri ise Avrupa Sosyal Şartı ile aynıdır (GGASS Bölüm IV, Madde C ve D). Bağımsız uzmanlar komitesine toplu şikayette bulunmak mümkündür. Dahası komiteye yapılan ilk başvuru madde 7'nin konusuna giren 15 yaşın altında çalışan çocuklara ilişkindir²⁴⁴. Bu karara göre Portekiz'in yasa dışı çalışma çocuklar arasında yaygın olduğu için d. 7'yi ihlal ettiği sonucuna varılmıştır, zira Sosyal Haklar Komitesi'ne göre korumanın yasalarda yer alması yetmez, hayata geçirilmesi ve etkin biçimde uygulanması da gerekmektedir²⁴⁵.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı aslında çocuğu tanımlamıştır. Buna göre 15 yaşın altındakiler çocuktur ve çocuklar kural olarak çalışma hayatından uzaklaştırılmıştır. Diğer taraftan Şart, 15-18 yaş aralığında çalışanları genç olarak

²⁴⁴ Lata Kaushal, s. 258. Bak. Monitoring Social Charter: Children's Right Under the European Charter: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Theme%20factsheets/FactsheetChildren_en.pdf Erişim tarihi: 5.6.2011.

²⁴⁵ International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal, Collective Complaint No. 1/1998. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Theme%20factsheets/FactsheetChildren_en.pdf Erişim tarihi: 5.6.2011.

nitelemiştir ve GGASS gençlerin çalışma standartları açısından özgün bir yere sahiptir zira çok sayıda paragraf ile gençlerin çalışması koruma altına alınmıştır.

Diğer taraftan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın çalışmanın düzenlenmesine ilişkin koruması genç işçilere özgülenmemiştir. Şart, 18 yaşın altındaki tüm çalışanlara ilişkin çok sayıda detaylı standart belirlemektedir. Çocukların ve gençlerin korunması hakkı başlıklı 7. maddeye göre:

Âkit Taraflar, çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1- Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının 15 olmasını sağlamayı;

2- Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşının 18 olmasını sağlamayı;

3- Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlamayı;

4- 18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı;

5- Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı;

6- Gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı;

7- 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı;

8- 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını sağlamayı;

9- Ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını sağlamayı;

10- Çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta gelmek üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı; taahhüt ederler.

GGASS'na göre 18 yaş, tehlikeli veya sağlıksız koşullarda çalışma için asgari yaş sınırıdır. Bu Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin 94/33 sayılı AB Yönergesi'nin düzenlemesiyle de uyumludur²⁴⁶. Gözden geçirme ile beraber Paragraf 7'deki asgari tatil süresi 4 haftaya yükselmiştir. Böylece GGASS, Şart'ın adil çalışma hakkını düzenleyen md. 2/3 hükmüyle ve de 93/104 sayılı Çalışma Saatlerine İlişkin AB Yönergesi'nin 7. maddesiyle uyumlu hale getirilmiştir.

Belirtildiği gibi, Şart 15 yaşın altındakileri çocuk sayıp bu yaş aralığındakileri çalışma hayatından dışlamıştır. Bu halde akla gelen soru, Şart'ın 15-18 yaş aralığındaki genç çalışanları koruyan diğer paragraflarının 15 yaş altında olup da çalışan çocuklara uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Sosyal Haklar Komitesi 2005 yılında raporların incelenmesinin ardından verdiği sonuç kararında İspanya'nın 7. maddedeki yükümlülükleri yerine getirmediğine karar vermiştir²⁴⁷. Buna göre bu ülkeler asgari ücreti gençleri de kapsayacak şekilde genişletmediği için Şarta aykırı düzenlemeler bulundurmaktadır. Her ne kadar 15 yaşın altındaki çocuk çalışması kendi başına yasak olsa da, Komite'nin bu kararı 15-18 yaş aralığındaki değil 18 yaş altındaki herkes için farklı asgari ücretin eleştirilmesi olarak yorumlanmıştır. Dolayısıyla yorum yoluyla, çocuk çalışması yasak olsa da çocukların çalışması halinde onların da madde 7'de sayılan haklardan yararlanması gerektiği kabul edilmelidir²⁴⁸.

²⁴⁶ Cullen, s. 154.

²⁴⁷ Conclusion XVII-2 (para. 5)-Spain: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter> Erişim tarihi: 5.6.2011.

²⁴⁸ Cullen, s. 181.

Aynı yıl (2005) Türkiye için verilen sonuç kararında da, okulla çalışma hayatının uyumluluğunu garanti edilmediği ve sayıca çok fazla çocuk yasal düzenlemelerin koruması dışında kaldığı için eleştirilmiş ve ihlal tespit edilmiştir²⁴⁹.

Aslında Şart ülkelere asgari çalışma yaşı düzenlemesine tabi olacak sektörleri belirleme yetkisi tanımıştır. Şart'ın somut olarak düzenlediği alanlar daha çok çalışma standartlarına yöneliktir. GGASS madde 7 hükümleri 15 yaşın altındaki çocukları hafif işler dışında çalışma hayatından uzaklaştırmaktadır. Asıl problem birçok devletin tarım gibi aile işletmelerinde ve evlerdeki çalışmayı bu hükümlerin kapsamı dışında bırakmış olmasıdır²⁵⁰. Bu da sözleşmenin çekirdek hükümlerinden sayılan çalışma koşullarının her devlet tarafından kabul edilmesi zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Bu hükümleri kabul etmek zorunda kalan devletler, takdir yetkilerine dayanarak tarım gibi aile işletmelerinde ve evlerdeki çalışmayı bu hükümlerin kapsamı dışında bırakmıştır.

Şart'a göre taraf devletler farklı asgari çalışma yaşı belirleyebilirse de çalışmaya ilişkin ulusal düzenlemeler Şart'ta belirlenen standartların altına düşemez. Bu nedenle Şart'ın çalışma standartlarını düzenleyen paragraflarını uygulayan ülke sayısı, asgari çalışma yaşını düzenleyen paragrafını uygulayan ülke sayısından fazladır²⁵¹.

B. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 1996'da imza ve onaya açılan Sözleşme, 1.7.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise bu Sözleşme'yi 9.6.1999 tarihinde aile hukukuna giren konuları belirten bir Beyan ekleyerek imzalamış, Sözleşme 1.10.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁵².

²⁴⁹ Conclusion XVII-2- Turkey Erişim tarihi: 5.6.2011:

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/TurkeyXVII2_en.pdf

²⁵⁰ Cullen, s. 180.

²⁵¹ Cullen, s. 155.

²⁵² RG: 1.2.2001, No: 24305. Bak. Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri I, s. 457.

Sözleşmenin Başlangıç bölümünün üçüncü paragrafında Parlamenter Meclisi tarafından 1.2.1990 tarihli 27. Oturumda kabul edilen Çocuk Haklarına Dair 1121 (1990) sayılı Tavsiye Kararı'na gönderme yapılmaktadır²⁵³. Kararda devletler, 138 sayılı ILO Sözleşmesi'ni ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 7. maddesini yerine getirmeye davet edilmektedir.

Sözleşme'nin öngördüğü amaçlar için bir Daimi Komite kurulması da öngörülmüştür (madde 16). Daimi Komite Sözleşme'ye ilişkin konuları inceleyecektir. Ayrıca Daimi Komite ulusal kurumlara danışmanlık ve yardım hizmetleri sunacak, uluslararası işbirliğini geliştirecektir.

BM Çocuk Hakları Komitesi gözlemci statüsü ile toplantılara katılabilir. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi tarihini izleyen üçüncü yılın sonunda Daimi Komite'nin toplanması gerekmele beraber (madde 18), ilk toplantı 8 Kasım 2006 tarihinde yapılmıştır. Gelecek toplantının da 2009'da yapılması kararlaştırıldıysa da henüz toplanılmamıştır²⁵⁴.

C. Avrupa Birliği Düzenlemeleri

Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması'nın Maastricht'te değiştirilmesinin ve Topluluğun Avrupa Birliği adını almasının ardından 1997'de Amsterdam Anlaşması Birliğin amaçlarını belirlenmiştir. 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşmasına göre istihdam alanında ve sosyal alanda yüksek koruma sağlanması Birliğin amaçları arasında sayılmıştır (ABA md. 2)²⁵⁵. Yine 2007 yılında Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı kurulmuştur, Ajansın amacı ABA madde 6/2'de sağlanan temel hakların AB'nin yetkilerinin izin verdiği ölçüde hayata geçirilmesini sağlamaktır²⁵⁶.

²⁵³ Bak. **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri I, s. 360-363.

²⁵⁴ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/TED%20Meeting%20report%20TED%20_2006_%203%20e%20Rev..pdf Erişim tarihi: 19.11.2010.

²⁵⁵ **Blanpain, Roger**, European Labour Law, Kluwer Law International, the NL, 2010, s. 2.

²⁵⁶ **Blanpain**, s. 102.

ABA md. 6, AB'nin kurulduğu temel ilkeleri belirlemiştir. Bu ilkeler doğrudan bağlayıcı etkiye sahip değilse de Topluluk Hukukundan doğan hakların ciddi ve sürekli ihlali halinde etkili olabilir²⁵⁷. Bununla beraber yorum ve açıklamalar bağlayıcı değildir. Örneğin 8-9 Aralık 1989'da kabul edilen Çalışanların Temel Sosyal Hakları Şartı sadece bir siyasi belgedir. Yine de mahkemeler önlerine gelen uyuşmazlıkları karara bağlarken bunları dikkate almalıdır²⁵⁸. Bu maddenin de hukuki bağlayıcılık taşımaktan çok bir niyet açıklaması olduğuna kuşku yoktur²⁵⁹.

ABA'nın 11. Başlığı ise sosyal hedeflere ilişkindir. Sosyal politikalar, mesleki eğitim ve gençlere ilişkin düzenlemeler bu başlıkta yer alır. Birlik ve üye devletler 1989 Çalışanların Temel Hakları Şartında sayılan hakları gerçekleştirmeyi amaç edinir ve bunun için gerekli önlemleri alırlar²⁶⁰.

Çalışanların Temel Sosyal Hakları Şartı'na göre zorunlu eğitim yaşının altındakilerin hafif işlere ve mesleki eğitime ilişkin istisnalar dışında çalışmaları yasaklanmıştır. Ayrıca hiçbir şekilde bu yaşın 15'in altında belirlenmesi mümkün değildir. 18 yaş altındaki çocuklar için de yaşlarına uygun tedbirler alınması gerekmektedir. Yine 18 yaşın altındakiler için fazla çalışma ve gece çalışması yasaklanmıştır. Şart'ın 20 ila 23'üncü maddeleri bu konuyu düzenlemektedir²⁶¹.

Daha sonra 2000 yılında Nice'de kabul edilen AB Temel Haklar Şartı kabul edilmiştir, yine bu Şart da hukuken bağlayıcı değildi. Temel Haklar Şartı'nın hukuki değeri tartışmalarının ardından nihayet 12 Aralık 2007'de Avrupa Parlamentosu ve Komisyonu tarafından kabul edilen gözden geçirilmiş "AB Temel Haklar Şartı"nın Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle 2009 yılında bağlayıcılık kazanacağı ve Avrupa Topluluğu Anlaşması ile aynı hukuki değere

²⁵⁷ **Blanpain**, s. 143.

²⁵⁸ **Blanpain**, s. 108.

²⁵⁹ **Blanpain**, s. 144.

²⁶⁰ **Blanpain**, s. 143.

²⁶¹ http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf Erişim tarihi: 5.6.2011.

sahip olduğu belirtilerek temel haklar güvence altına alınmıştır (Lizbon Antlaşması md. 1/8)²⁶². Burada sayılan haklar arasında çocuk işçiliğinin yasaklanması ve çalışan gençlerin korunması da vardır²⁶³.

Çalışma standartlarına ve insan haklarına ilişkin olarak Avrupa Birliği ile ILO Sosyal korumanın sağlanmasına ilişkin olarak birçok ortak hedefe sahiptir. 1995 yılında Sosyal Kalkınma Dünya Zirvesinde de kalkınma için belli ilkeleri içeren ortak bir sosyal zemin tanımlanmış ve çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması bu temel ilkelerden sayılmıştır²⁶⁴.

Yine Avrupa Konseyi tarafından 30 Mayıs 2005 tarihinde Avrupa Gençlik Paketi kabul edilmiştir. Buna göre aile hayatı ile çalışma hayatı arasında uyumluluk hedefler arasındadır²⁶⁵. 2008-2010 Kılavuzunda gençlerin durumuna ve özellikle Paktın uygulanmasına özel önem verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sosyal koruma mekanizmalarının çağdaştırılması, insan sermayesine ve eğitime yatırım yapılması öncelikler arasında sayılmıştır²⁶⁶. Birlik bünyesinde çocuklara ilişkin koruma çocuk yetiştirmeye ilişkin ebeveynlere yönelik mesleki ve ailevi yükümlülüklerin uzlaştırılmasına yöneliktir. Çalışma hayatında gençlerin korunması ise ayrıca düzenlenmiştir.

1989 tarihli Çalışanların Temel Sosyal Hakları Şartı'nın 20 ve 22. maddelerine atıfla 1994 tarihli Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin AB Yönergesi kabul edilmiştir²⁶⁷. Şart'ta hafif işlere ilişkin istisnalar saklı kalmak kaydıyla, ilköğretimi tamamlama yaşından daha önce gençlerin ve her halde 15 yaşından küçüklerin çalıştırılması yasaklanmıştır (md. 20) ve gençlerin çalışma sürelerinin

²⁶² **Blanpain**, s. 145.

²⁶³ **Blanpain**, s. 230.

²⁶⁴ **Blanpain**, s. 116 vd.

²⁶⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/youth/c11081_en.htm Erişim tarihi: 5.6.2011.

²⁶⁶ **Blanpain**, s. 248 vd.

²⁶⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0033:en:HTML> Erişim tarihi: 5.6.2011.

sınırlı olması, çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerin gençlere uyarlanması ve gece çalışmalarının yasaklanması düzenlenmiştir (md. 22)²⁶⁸.

1994/33 sayılı Yönerge’de de istisnaların hiçbir şekilde çocukların eğitime devam etmelerine ve eğitimden elde edecekleri faydaya hanel getirmemesi gerektiği, gençlerin çalışmasının ise bu geçiş döneminin doğası gereği katı şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir (md. 3).

Her işveren genç çalışanlarına uygun iş vermeyi garanti etmeli ve onların sağlığını ve güvenliğini koruyacak önlemleri almalıdır (md. 6). Alınacak önlemler de sayılmıştır. Tehlikeli görevlerde çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Çalışma saatlerine ilişkin asgari düzenlemeler kabul edilmelidir. Azami çalışma saatleri katı şekilde düzenlenmelidir (md. 8). Kural olarak gece çalışması yasaklanmıştır (md. 9). Gençler asgari günlük, haftalık ve yıllık dinlenme izinlerine sahip olmalı ve bu izinler gençlerin ihtiyaçlarına yetecek ölçüde belirlenmelidir²⁶⁹ (md. 10, 11, 12).

Yönerge’ye göre çocukların çalışması yasaktır (md. 1). Gençlerin çalışması da katı şekilde düzenlenmiştir. İşverenler gençlere yaşlarına uygun işlerde ve koşullarda çalıştırmakla yükümlüdür (md. 6). Yönerge 18 yaşın altındaki iş sözleşmesi ile çalışanlara ya da üye devletin hukukuna göre iş ilişkisi olarak tanımlanan veya uygulanan çalışmalara uygulanır. Bununla beraber kendi adına çalışanlar dışarıda tutulmuştur²⁷⁰. Üye devlet Yönerge’nin arızı veya kısa süreli çalışmalara uygulanmayacağına karar verebilir. Aile işletmelerindeki zararsız ve tehlikesiz çalışmalar ile bebek bakıcılığı gibi başkasının yanındaki ev hizmetleri de istisnalar arasında sayılabilir²⁷¹.

²⁶⁸ **Blanpain**, s. 499.

²⁶⁹ **Blanpain**, s. 500.

²⁷⁰ **Blanpain**, s. 501.

²⁷¹ **Blanpain**, s. 501. Örneğin Birleşik Krallık’ın Yönerge’ye ilişkin sorunları vardır. Yönerge’nin belli hükümlerinin uygulanmasından kaçınma hakkını saklı tutmuştur belli süre için. Bak. Aynı yazar, s. 500 vd.

Yönerge çocuk ve ergen arasında bir ayırım yapar. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden farklı olarak çocuğu 15 yaşın altında ya da zorunlu eğitimine devam etmekte olan kişi olarak tanımlar (3/b). Genç ise 18 yaş altındaki herkesi kapsamaktadır (3/a). Yönerge çocuk işçiyi de tanımlamaz, çocuğu tanımlar ve çocukların çalışmasını yasaklar. Yönerge'ye göre çalışmak için ise en azından ergen olmak aranır. Dolayısıyla çocukları işçi olarak çalıştırmak kural olarak AB düzenlemelerine aykırıdır, ancak zararlı olmayan hafif işler istisna kabul edilmiştir.

Diğer taraftan yukarıda incelenen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ülkelere asgari çalışma yaşı düzenlemesine tabi olacak sektörleri belirleme yetkisi tanımaktadır. 94/33 sayılı Yönerge'nin adı ise Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönerge'dir ve Yönerge genci 18 yaş altındaki herkes olarak tanımlamaktadır²⁷². Dolayısıyla Yönerge'deki genç ifadesinden, Yönerge'nin tüm hükümlerinin 18 yaşın altındaki iş sözleşmesi ile çalışanları ya da üye devletin hukukuna göre iş ilişkisi olarak tanımlanan veya uygulanan çalışmalara uygulanması gerekir.

Bununla birlikte üye devletler belirtilen alanlarda çocuk çalıştırma yasağının uygulanmayacağına karar verebilirler. Bunlar: Kültürel ve benzer faaliyetleri yürütenlere, en az 14 yaşında olup (fabrika içi) uygulamalı eğitimle koordineli olarak çalışanlar ve ulusal mevzuata göre belirlenen hafif işlerde çalışan 13 yaşını tamamlamış çocuklar olarak sayılmıştır²⁷³.

Kültürel, sanatsal, sportif faaliyetlerde bulunan ya da reklam sektöründe çocukların çalışması öncelikle yetkili makamın iznine bırakılmıştır. Her bireysel durum için değerlendirme yapılacaktır. Bu yetkili makamın izninin belli durumlar için aranmaması mümkündür. Bunların çocukların gelişimine, güvenliğine ve

²⁷² Cullen, s. 155 vd.

²⁷³ Blanpain, s. 502.

sağlığına zarar vermeyeceği muhtemel olması ve okula devamlarını etkilemeyecek mesleki rehberlik ve eğitim programları olması aranır.

Yönerge'ye göre ergen (adolescent) ise, 15-18 yaş aralığında olup tam zamanlı okula devam zorunluluğu bulunmayanları ifade eder (3/c). Dinlenme zamanı çalışmanın yapılmadığı herhangi bir zamanı, çalışma zamanları ise gençlerin çalıştığı, işverenin emri altında faaliyet halinde olduğu zamanı ifade eder.

Yönerge işveren yükümlülüklerini de düzenlemektedir (md. 6). İşverenin uygun iş verme yükümlülüğü işe başlarken, işin devamında herhangi bir değişiklik olması halinde söz konusu olacaktır. Ulusal sosyal güvenlik sistemi tarafından ücretsiz sağlık tetkiki yapılması sağlanmalıdır (md. 6/2)²⁷⁴.

Ayrıca işveren olası riskler hakkında gençleri uyarmalı ve aldığı tedbirler hakkında bilgilendirmelidir. Ayrıca gençlerin yasal temsilcileri de bu konularda bilgilendirilmelidir²⁷⁵.

2000/581/EC Komisyon Yorumu ise 182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin onaylanmasını tavsiye etmiş ve çocuk işçiliğinin kötü formlarının ortadan kaldırılmasının AB'nin de uzun vadeli hedefleri arasında olduğunu belirtmiştir²⁷⁶. 1999 tarihli Avrupa Birliği İnsan Hakları Yıllık Raporu'nda da 182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin derhal onaylanması ve uygulanmasının memnuniyetle karşılanacağı belirtilmektedir. Buna göre demokrasiye ve hukukun üstünlüğüne bağlılığı yansıtan temel çalışma standartlarına ve insan hakların ve temel haklarına saygının geliştirilmesi desteklenmektedir. Ayrıca AB, ILO

²⁷⁴ **Blanpain**, s. 503.

²⁷⁵ Benzer düzenlemeler 1989 tarihli 391 sayılı Yönerge'nin 7. maddesi'nde de sayılmıştır. Buna göre koruyucu ve önleyici tedbirler işveren tarafından alınmalıdır **Blanpain**, s. 503.

²⁷⁶ 2000/581/EC Komisyon Yorumu: L243/41 28.9.2000. Erişim tarihi: 5.6.2011. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:243:0041:0041:EN:PDF>.

Bildirgesi'ndeki çalışma hayatına ilişkin temel ilkeleri ve hakları kuvvetle desteklemektedir²⁷⁷.

§ 2. Hukukumuzda Çocuk İşçi Tanımı

İş Hukukumuzda çocuk işçi tanımını incelemeden önce Türk Hukukunda çocuğun nasıl tanımlandığını incelemek gerekir. Ardından Türk İş Hukuku mevzuatı dışında kalan ve çalışma hayatı ile ilişkili diğer yasal düzenlemelerdeki çocuk tanımı ele alınacaktır.

I. Anayasa'daki Çocuk Tanımı

1961 Anayasası ile ilk defa çocukların çalışma koşulları açısından korunması gerektiği hükme bağlanmış ve çocukların korunması anayasal bir değer kazanmıştır²⁷⁸. Anayasa'nın ailenin ve çocuğun korunması başlıklı md. 41 hükmü, 5982 sayılı Kanun ile 2010 yılında değiştirilmiştir. Buna göre «Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir». Böylece 2010 değişiklikleri ile çocuğun yüksek yararı ifadesi de Anayasa'ya girmiş olmaktadır. Korunma ve bakım hakları da Anayasa'da yer almış, ancak üçüncü hak kategorisi içinde saydığımız katılım hakları yani çocuğun görüşünün alınması hakkına ilişkin bir Anayasal dayanak kabul edilmemiştir.

Bununla beraber çalışma şartlarını düzenleyen md. 50 çocuk yerine küçüğün korunması ifadesi kullanılmıştır. Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenleri düzenleyen md. 61'de korunmaya muhtaç çocukların korunmasını düzenlemiştir. 2010 değişik haliyle 10. maddeye göre ise: «Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler

²⁷⁷ <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/HR1999EN.pdf>, s. 45 vd. Erişim tarihi: 5.6.2011.

²⁷⁸ **Özbudun**, 123 vd., 134; **Süzek**, İş Hukuku, s.11; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 89 vd. Ayrıca Anayasa Mahkemesi 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde verdiği kararlarda çalışanların korunmasını ve çalışanların insanca yaşamasını sosyal devletin gereklerinden saymıştır. Bak. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 89 vd.

için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.» Anayasa genel olarak çocuk ifadesini tercih etmiş ve çocuk hakları ifadesine özellikle yer vermiştir (md. 41).

1982 Anayasası'nın 50. maddesi ve çalışma yaşamına ilişkin olmasa da 41. ve 61. maddeleri ile küçüklerin korunması güvence altına almıştır. Madde metinlerinde bazı yerlerde küçük, bazı yerlerde çocuk ifadesine rastlansa da kastedilenin MK anlamında 18 yaşından küçük birey olduğu savunulmaktadır²⁷⁹.

Bizce de Anayasa açısından ailenin korunması başlığı altında çocuk ifadesine yer verilmiş olması ile çalışma hayatında çalışanlar için küçük ifadesinin kullanılması arasında bir ayırım gözetilmemelidir. Her iki ifadeden de kasıt 18 yaşın altındaki bireylerdir. Aile hayatına ilişkin düzenlemelerde ve bununla bağlantılı olarak sosyal güvenlik hakkının düzenlenmesinde çocuk kavramına yer verilmiştir. Bundan sadece soybağını anlamak çocuk hakları açısından daraltıcı bir yorum olacaktır.

Ayrıca 2010 değişiklikleri ile Anayasa'da çocuğun yüksek yararı ifadesine açıkça yer verildiği için çalışma hayatı içinde de çocuğun yüksek yararı ilkesinin devreye gireceğini söylemek doğru olacaktır. Kanımızca Anayasa'nın md. 90/son hükmü de bu yorumu gerektirmektedir. Zira Türkiye'nin onayladığı ve hukuken bağlayıcı olan Çocuk Hakları Sözleşmesi açısından çocuğun yüksek yararı ilkesi yukarıda açıklandığı üzere özel önem taşımaktadır²⁸⁰.

Anayasadaki konuya ilişkin diğer düzenlemeler eşitlik ve sosyal devlet ilkesi ile çocukların korunmasına ilişkin düzenlemelerdir. Anayasa'nın 2. maddesinde cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sosyal devlet ilkesi sayılmış, 5.

²⁷⁹ Ertan, s. 186.

²⁸⁰ Bak. Yukarıda s. 29 vd.

maddesinde de devletin temel amaç ve görevleri sayılmıştır²⁸¹. Bu düzenlemeler doğrudan veya dolaylı olarak kamu erkini olduğu kadar kişileri de bağlayıcıdır²⁸².

II. Medeni Kanun'daki Çocuk Tanımı

A. Hak Ehliyetinin - Kişiliğin Kazanılması

İlk olarak Medeni Kanun madde 12 düzenlemesine göre 'Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.' TMK md. 470'e göre de 'Erginliğe mahkemece karar verilmiş ise, mahkeme aynı zamanda küçüğün hangi tarihte ergin olacağını tespit ve ilân eder'.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre, her insanın hak ehliyeti vardır (md. 8). Dolayısıyla hukuken kişi, hak sahibi varlık demektir²⁸³. Medeni Kanun'daki kişi tanımından da hareketle hak (hak ehliyeti) sahibi olmanın doğumla kazanılan bir nitelik olduğu görülmektedir²⁸⁴. Her insanın hak ve borçlara ehil sayılması 19.yy tabii hukuk akımının etkisi ile kabul görmüştür, buna göre kişiliğin kazanılması için tam ve sağ doğmak dışında bir şart aranmamıştır^{285 286}. Her insanın özgür doğması ve tam ve sağ doğumla kişiliğini kazanması aslen tabii bir durum değil hukuki bir durumdur²⁸⁷. Buna göre kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.

²⁸¹ AY md. 5, Devletin Temel Amaç ve Görevleri başlığı altında: Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk Devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

²⁸² **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 107 vd.

²⁸³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 2.

²⁸⁴ **Aybay, A./Aybay, R.**, Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları İstanbul 2003, s. 183.

²⁸⁵ **Hırş, E.**, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 136.

²⁸⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 13. Ayrıca Kanun, tam ve sağ doğmak şartıyla cenini de hak süjesi olarak kabul etmektedir. Bak. Aynı yazar, s. 17. Ceninin durumu için ayrıca bak. **Akyüz, E.**, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, İstanbul 2010, 83.

²⁸⁷ **Dural, M./Öğüz, T.**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 6; **Hırş**, 136. Hırş'in belirttiği üzere aslında persona (maske) sözcüğünden gelen kişi kavramı, insana hukukun taktığı bir maske demektir. Hukuk bu maskeyi kime takarsa o, 'kişi' olur.

Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder (md. 28). Medeni Kanuna göre küçük, sağ ve tam doğduğu tarihten itibaren ergin olduğu ana kadarki devrede bulunan gerçek kişi demektir²⁸⁸.

Hak ehliyeti kişilerin hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetidir. Buna göre her insanın hak ehliyeti vardır (TMK md. 8, md. 28). Hak ehliyetinin genellik ve eşitlik olmak üzere iki temel ilkesi vardır. Ancak bu genellik ve eşitlik mutlak olarak özel hukukta uygulanamaz. Bu nedenle kimi istisnalar kabul edilmiştir²⁸⁹. Örneğin vakıf kurma, kefil olma ve bağışlamada bulunma işlemleri için ergin olmak gerekir, küçük yerine bu işlemleri yasal temsilcisi yapamaz (TMK md. 449).

B. Fiil Ehliyetinin Kazanılması

Fiil ehliyeti, kişilerin kendi fiilleri ile hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesidir (TMK md. 9). Burada söz konusu olan kişinin sadece hak ve borç altına girmesi değil, bizzat kendi fiilleri ile hak edinebilmesi ve borç altına girebilmesidir. Medeni Kanun fiil ehliyetine sahip olmak için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmanın dışında kısıtlı olmamayı da aramıştır. Buna göre tam ehliyetsizler ile sınırlı temyiz gücüne sahip küçükler arasında da ayırım yapılmıştır²⁹⁰.

Fiil ehliyeti hak ehliyetinden farklı olarak sağ ve tam doğum dışında nitelik gerektirmektedir. Fiil ehliyetine sahip olma için kısıtlı olmamak ve ayırt etme gücüne sahip olmak gerekir. Bununla beraber, Medeni Kanun ayırt etme gücünü değil ayırt etme gücünden yoksun kişiyi tanımlamıştır. Ayırt etme gücü, kişinin akla uygun hareket edebilme, fiillerinin neden ve sonuçlarını kavrayabilme ve

²⁸⁸ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 86.

²⁸⁹ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 87.

²⁹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 48 vd.

iradesini kullanarak bunlara uygun hareket edebilme yeteneğidir. Her somut olay için ayrı değerlendirilir²⁹¹.

Görüldüğü gibi hak ehliyeti açısından insanlar arasında ayırım yapılamaz ise de hakları kullanma ehliyeti açısından tam bir eşitlik söz konusu değildir. Hak ehliyeti sahibi olmakla beraber bunları kullanma ehliyetinin belli yaşa gelmeyi ve belli düşünce olgunluğuna ermeyi gerektirdiği ifade edilmektedir²⁹². Aslen kendi fiillerinden sorumlu olabilme irade serbestisine sahip olmayı gerektirir. Bu da belli yaşa ulaşmış ve ayırt etme gücüne sahip çocuklarda da bulunabilmektedir. Fiil ehliyeti olmayan çocuklar ise, yasal temsilcisi olan veli veya vasi kanalıyla hak ve borç altına girebilir.

1. Fiil Ehliyeti Bakımından Çocukların Ayırımı

Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar tam ehliyetsizdir. Kural olarak hiçbir hukuki işlem yapamaz, bunlar adına istisnalar dışında tüm işlemleri veli ya da vasileri yapar. Yine kural olarak yasal temsilci kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda çocuğu temsil edemez²⁹³.

Tam ehliyetsizler ayırt etme gücünden tamamen yoksun olanları ifade eder, bu kişilerin küçük olması da gerekmez, ergin olup ayırt etme gücünde ayırt etme gücüne sahip olmayanlar olabileceği gibi ergin olmadığı halde ayırt etme gücüne sahip küçükler de söz konusu olabilir ki bunlar sınırlı ehliyetsiz olarak kabul edilir.

²⁹¹ **Akyüz**, Çocuk Hukuku, s. 88. Ayrıca fiil ehliyeti hukuki işlem ehliyeti, dava ehliyeti, hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme kapsamında değerlendirilir. Bak. **Akyüz**, s. 87.

²⁹² **Aybay**, Hukuka Giriş, s. 184. Bunun dışında kısıtlılar ve temyiz gücüne sahip olmayanlar açısından da aynı durum söz konusudur. TMK. md. 13 akla uygun biçimde davranmayı engelleyen sebepler kapsamında yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve sarhoşluk gibi sebepleri saymıştır. Ayrıntılı bilgi için bak. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 51 vd.

²⁹³ **Akyüz**, Çocuk Hukuku, s. 90.

Ayırt etme gücünden yoksun tam ehliyetsiz çocuğun yaptığı işlemler kesin hükümsüzdür (TMK md. 15). Bu hükümsüzlük yasal temsilcinin vereceği onayla düzelmez. İşlemi yasal temsilcinin yeni baştan yapması gerekir²⁹⁴. Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz çocuk davada taraf ehliyetine sahiptir. Çünkü davada taraf olma ehliyeti hak ehliyetinin bir yansımasıdır. Ancak davayı yasal temsilci açar ve yürütür²⁹⁵.

2. Sınırlı Ehliyetsizler

Sınırlı ehliyetsizler ise ayırt etme gücüne sahip küçüklerdir. Ergin olmadıkları için sınırlamalara tabidirler. Medeni Kanun md. 16'ya göre, işlemleri yasal temsilci yapabileceği gibi önceden alınan izin veya sonradan alınan onay ile sınırlı ehliyetsiz de bu işlemleri yapabilir. Bunun yanı sıra bazı işlemleri ayırt etme gücüne sahip çocuk tek başına da yapabilir. Konu açısından önemli olan ehliyetin genişlediği durumlardan sayılan TMK 359/1 ve 453, 455 düzenlemeleridir²⁹⁶. Buna göre ailesi dışında çalışan çocukların yasal temsilcinin izin ve onayı olmadan çalışması düzenlenmiştir.

Sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlem askıda sayılır. Yasak işlemleri çocuğun ne kendisi ne de yasal temsilcisi yapabilir²⁹⁷. Sınırlı ehliyetsizler açısından ehliyetin genişlediği haller de vardır. Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Çocuğun evde ana ve babasıyla birlikte yaşaması hâlinde, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler. Vesayet altındaki kişi, kendi

²⁹⁴ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 91.

²⁹⁵ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 91.

²⁹⁶ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 93. TMK md. 455: 'Vesayet altındaki kişi, kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları serbestçe yönetir ve kullanır.' TMK md. 359/1: 'Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir.'

²⁹⁷ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 94.

tasarrufuna bırakılmış olan mallar ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları serbestçe yönetir ve kullanır.

Bu noktada mesleki kazancın ne olduğu ve Türk Medeni Kanunu madde 359 düzenlemesine bakmak ve her somut olayı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre, mesleki kazanç çocuğun fikri veya bendeni faaliyetiyle elde ettiği kazançtır. Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir.

Tarafların Türk Medeni Kanunu'nun ehliyeteye ilişkin hükümleri kapsamında hak ve fiil ehliyetine sahip olunması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip, yani makul surette hareket edebilen, ergin olan ve kısıtlı bulunmayan kişiler iş akdinin tarafı olabilir. Erginlik kural olarak on sekiz yaşın tamamlanmasıyla kazanılır. Buna göre yine kural olarak on sekiz yaşından küçükler yasal temsilcinin rıza veya onayına tabi olarak hak ve borç altına girebilirler. Bu rıza veya icazet şekle tabi değildir, açık veya zımni olabilir²⁹⁸.

Medeni Kanun açısından bunun istisnaları vardır. İlki yargı kararıyla ya da evlenmeyle ergin değildir. İkinci istisnayı ise TMK md. 339/f. 4 hükmü oluşturmaktadır²⁹⁹. Buna göre aile dışında yaşaması veya vesayet makamının izni ile bir meslek ve sanatla uğraşması halinde yasal temsilcinin rızasına gerek olmadan geçerli bir iş sözleşmesi kurulacağı kabul etmektedir³⁰⁰.

Bununla beraber meslek ve sanatla uğraşma, meslek ve sanatın öğretilmesi konusunu içeren çıraklık sözleşmesi ile paralel düşünülebilirse de meslek ve sanatla uğraşma için vesayet makamı tarafından verilen onayın iş sözleşmesini de

²⁹⁸ Seçer, s. 1434 ve orada anılan yazarlar.

²⁹⁹ TMK md. 339/4: 'Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terkedemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.'. Buna göre, ailesi tarafından meslek ve sanatla uğraşması nedeniyle aile dışında yaşaması yönünde izin verilmesi halinde velayet kapsamından çıkmaktadır.

³⁰⁰ Mollamahmutoglu, s. 291.

kapsayacağına katılmamaktayız³⁰¹. Kaldı ki, gerek çıraklık sözleşmesi için gerekse iş sözleşmesi için verilen onay dahi her işverenin yanında, her koşulda çalışmayı kapsayacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Zira yasal temsilcinin birden çok işlem için toplu izin vermesi ancak işlemlerin tümünün amacının aynı olmasına ya da talimatlarla işlemlerin sınırlanmış olmasına bağlıdır, aksi halde MK md. 16/I'in amacına aykırılık doğacaktır³⁰².

Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin izni olmadan yaptığı işlem askıda hükümsüzdür ve hakim bu askıda hükümsüzlüğü resen dikkate almak zorundadır³⁰³. Bununla beraber iş sözleşmesinin tarafı olan işveren askı süresince yapılan işlemle bağlıdır. Diğer taraftan işveren askıda hükümsüzlük halini uzatmamak için yasal temsilciye süre verebileceği gibi mahkemeye de süre tayin ettirebilir. Bu halde yasal temsilci onay verirse sözleşme baştan itibaren geçerli olacaktır³⁰⁴. Diğer taraftan sözleşmenin geçerliliğinin açık olarak temsilcinin onayına bağlandığı hallerde onay ileriye etkili olarak sonuç doğuracaktır³⁰⁵.

Böylece özel hukukta hak ehliyeti fiil ehliyetinden ayrılmış, küçükler hak ehliyeti sahibi kabul edilmekle beraber ayırt etme gücünün sınırlılığı nedeniyle nispi bir fiil ehliyetine sahip kabul edilmişlerdir³⁰⁶. TMK madde 470'e göre, küçük üzerindeki vesayet, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer. TMK madde 12'ye göre, onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir. Eğer erginliğe mahkemece karar verilmiş ise, mahkeme aynı zamanda küçüğün hangi tarihte ergin olacağını tespit ve ilân eder (TMK md. 470/2).

³⁰¹ Aynı yönde, **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 285; **Seçer**, s. 1435.

³⁰² **Dural/Öğüz**, 82 vd. İsviçre doktrininde ise 14 yaşında çocuğun kendi boş zamanlarını serbestçe düzenleme imkanına sahip olduğu, dolayısıyla kendi başına okul tatillerinde geçici süreli bir iş ilişkisi yapabileceği ileri sürülmektedir. Elbette okul sonuçları buna izin vermiyor, çocuğun bu zamanı dinlenerek geçirmesi gerekiyorsa yasal temsilcinin iş sözleşmesini fesih hakkı vardır: Papux van Delden, CR CC I art. 323 N.9: aktaran **Seçer**, s. 1435.

³⁰³ **Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 78, **Seçer**, s. 1435.

³⁰⁴ **Dural/Öğüz**, s. 85.

³⁰⁵ **Dural/Öğüz**, s. 85.

³⁰⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, s. 48 vd.

3. Medeni Kanun'da Çocuğun Yüksek Yararı

Medeni Kanun'da kişi ve erginlik tanımlarının yanında çocuğun yararı kavramına da yer verilmiştir (md.182). Buna göre ana babanın hakları, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutularak belirlenir. Buna rağmen iç hukuk açık bir çocuk tanımı yapmamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere Türk Medeni Kanunu sistematigi içinde kişiliğin kazanılmasından başlanarak erginliğe kadar geçen süre içindeki gerçek kişiye küçük denmekte, çocuk ise soybağını ifade etmektedir. Türk Medeni Kanunu madde 182'de yer verilen 'çocuğun yararı' kavramı açısından dar anlamda çocuğun güvenliği ve çocuğun yararı ilkesi söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Medeni Hukuk bakımından çocuğun korunması hakkında alınacak bütün önlemlerin ölçüsünü, çocuğun güvenliğinin (yararının) tehlikeye atılmamasının oluşturduğu belirtilmektedir. Bu nedenle TMK açısından asıl sorumluluk ana-babaya ait olduğu için burada çocuğun yararı ilkesinin tamamlayıcı bir ilke olduğu savunulmaktadır³⁰⁷.

Türk Medeni Hukuku ise çocuğu doğrudan tanımlamak yerine dolaylı bir yol izlemektedir. Dolayısıyla hukuki olmayan bir ön kabul olan çocuğun ergin olmadığı varsayımı, hukuki bir değerlendirme olan erginlik için on sekiz yaşın tamamlanması şartı ile birleştiğinde, on sekiz yaşın altındaki küçüklerin, iç hukuk açısından da çocuk sayıldığı mantiki bir çıkarım olarak kabul edilebilir. Bu halde çocuk, sağ ve tam doğduğu andan reşit olduğu ana kadarki devrede bulunan insan yavrusu gerçek kişi demektir.³⁰⁸ Kaldı ki, Anayasa'nın 90. maddesinde öngörüldüğü üzere temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulünce yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir.³⁰⁹ Bu nedenle Anayasanın açık

³⁰⁷ İnan, A. N., Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları, Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1999, s. 712-713. Burada ana-babanın kusurunun olup olmaması önemli olmadığı gibi amaç da ana-babayı cezalandırmak da değildir.

³⁰⁸ İnan, A. N., Çocuğun ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Mevzuatımızda Yetersizlik ve Giderilme Çareleri, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHFY No:303, Ankara 1972, s. 272.

³⁰⁹ Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N., 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2004, s. 46-47; Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 212 vd, 382.

düzenlemesi karşısında BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki tanım iç hukuk açısından da bağlayıcıdır.

III. Çalışma Hayatı ile İlişkili Diğer Kanunlardaki Çocuk Tanımı

A. 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nda Çocuk³¹⁰

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ikinci ve üçüncü maddelerine göre, 6-14 yaş arasına ilköğretim zorunludur. Buna göre ilköğretim çağında olup mecburi eğitimine devam etmeyenler hiçbir resmi ve özel kuruluştaki ücretli veya ücretsiz çalıştırılmaz (İEK md. 59/1). İlköğretim ve Eğitim Kanunu md. 59/4 ise çalıştırılmaları halinde yaptırım uygulanacağını düzenler. Buna göre, bu hükme aykırı davrananlara mahalli mülki amir tarafından dört yüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

Ayrıca muhtarlıkça veya mülkî amirce yapılan tebliğe rağmen çocuğunu okula göndermeyen veli veya vasiye okul idaresince tespit edilen çocuğun okula devam etmediği her gün için idarî para cezası verilir. Bu para cezasına rağmen çocuğunu okula göndermeyen veya göndermeme sebeplerini okul idaresine bildirmeyen çocuğun veli veya vasisine beş yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.

B. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk

TCK md. 80, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmeyi (insan ticareti) suç olarak düzenlemiştir. Aynı madde fıkra 3'e göre; on sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla (zorla çalıştırmak ve hizmet ettirmek amacıyla) tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen (sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası) cezalar verilir. Ayrıca bu suçlar tüzel kişiler tarafından işleniyorsa md. 80/4 gereği ' Bu suçlardan dolayı

³¹⁰ RG: 12.1.1961, No: 10705.

tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur'. Dolayısıyla 182 sayılı ILO Sözleşmesi'nde en kötü çalıştırma biçimi sayılan zorla çalıştırma suç olarak Türk Hukuku'nda da düzenlenmiştir.

Günümüzde bu hükme konu olan zorla çalıştırmanın nitelik değiştirdiği, daha önce otoriter rejimler tarafından söz konusu edilen zorla çalıştırmanın konusunun artık daha çok kadın ve çocukların istismarı ve insan ticareti olduğu kabul edilmekte ve düzenleme isabetli bulunmaktadır³¹¹.

Diğer taraftan özel hukuk açısından bağlayıcı olmamakla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanımlar başlıklı 6 ncı maddesinde 'çocuk deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi'nin anlaşılacağı da hükme bağlamıştır.

C. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nda Çocuk³¹²

4771 sayılı Kanun'la değişik 2559 sayılı Kanun'un madde 12 düzenlemesine göre 'Kanuni istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde on sekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz.

Polis bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kıraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini meneder.'

Ayrıca benzer bir düzenleme Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 176. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre Mahalli belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur. Yine Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 179. maddesi ile İş Kanunu'ndaki sağlığa aykırı ve tehlikeli işlerde asgari çalışma yaşı sınırının

³¹¹ **Centel, Tankut**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, s. 6-7.

³¹² RG: 14.7.1934, No: 2751

dolaylı olarak kabul edildiği savunulmaktadır³¹³. Zira bu maddeye göre, 12 ila 16 yaş arasında çocukların çalışmayacağı sağlığa aykırı ve tehlikeli işler İş Kanunu'na belirlenecektir. 4857 sayılı İş Kanunu ağır ve tehlikeli işlerde on altı yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin ve çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçilerle iş akdi kurulamayacağını hükme bağlamıştır.

Bu halde savunulduğu gibi, PVSK açısından da İş Kanunu'nun öngördüğü asgari yaş sınırı olarak 16 yaşın belirlenmesi çocuğun yüksek yararlarıyla örtüşmektedir. Diğer taraftan ileride inceleneceği üzere PVSK'nun öngördüğü yaş aralığı içine İş Kanunu'ndaki düzenleme hiçbir şekilde uymamaktadır. Tehlikeli ve sağlığa aykırı çalışan 12-16 yaş aralığındaki küçüklere ilişkin İş Kanunu düzenlemesi olarak 16 yaşın altındakilere bu işlerin yasaklanması gösterilebilir. Bu nedenle pozitif normlar uyumlu hale getirilmeli, PVSK'nda değişikliğe gidilmelidir. Kanımızca İş Kanunu'ndaki sağlığa aykırı ve tehlikeli işlerdeki asgari çalışma yaşı olan on altı yaş sınırı, PVSK düzenlemelerinde de benimsenmelidir. PVSK ve UHK'daki bu hükümler, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işlerde ayrıca önem kazanacaktır.

IV. Çocuk İşçi Benzerleri

4857 sayılı İş Kanunu³¹⁴ 2. maddesinde işçiyi bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlamıştır. İş sözleşmesinin unsurları ise hem madde 2'de genel hatlarıyla, hem de madde 8'de sayılmıştır³¹⁵. Hukukumuzda çocuğun emeğini ortaya koyduğu ancak çocuk ve genç işçi kavramlarından ayrılan önemli sözleşme türleri ise çıraklık ve stajyerlik sözleşmeleridir. Çıraklık sözleşmesine göre çıraklık bir öğrencilik statüsüdür³¹⁶. Stajyerlik de hukukumuzda çocuk işçi ve genç işçi kavramlarından ayrılmakta ve işçi statüsünün dışında kalmaktadır.

³¹³ Ertan, s. 191.

³¹⁴ 4857 sayılı İş Kanunu, RG:10.6.2003, No: 25134.

³¹⁵ Centel, T./Tunçomağ, K., İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, s. 45.

³¹⁶ 3308 sayılı MEK RG: 19.6.1986, No: 19139, md. 11.

Doğrudan stajyerliğe özgülenmiş bir yasal düzenleme bulunmasa da 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu çıraklığı düzenlemiştir. Bununla beraber 3308 sayılı Kanun'un kapsam maddesi gereğince, bu Kanun her çıraklık ilişkisine de uygulanamaz³¹⁷. Bu halde Borçlar Kanunu ve orada hüküm yoksa Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uygulama alanı bulacaktır ki bu hükümler de aşağıda, çıraklık başlığında incelenecektir.

A. Stajyer

Stajyer, belirli bir meslek öğrenimi gören veya öğrenimini tamamlamış olup mesleğin uygulamasını görmek ve mesleki deneyim kazanmak için işyerinde bulunan kişidir³¹⁸. Bu amaç ve nitelik farklılığı nedeniyle stajyer ne işçidir, ne de çırak; zira ne ücret karşılığı çalışır ne de çırak gibi meslek öğrenmek için işyerinde bulunur³¹⁹. Dolayısıyla stajyerler iş mevzuatının dışında kalmaktadır³²⁰. Şayet stajyere ücret ödenmesi isteniyorsa bunun sözleşme ile düzenlenmesine bir engel yoktur³²¹.

Diğer taraftan her koşulda hakim tarafların sözleşmeye verdiği isimle bağlı olmadığı için, işyerinde bağımlı bir iş görme edimi ifa eden, fiilen üretime katılan ve kendisine bunun için ödemedede bulunulan kişi ile işvereni arasında iş ilişkisi bulunduğu kabul edilmelidir³²². Uygulamada stajyer de dense bu kişiler aslında işçidir. Dolayısıyla geçen süre, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasındaki anlamıyla iş ilişkisi kapsamında gerçekleşmiş ise sürenin hesabında dikkate alınır³²³. Ayrıca istisnai olarak, stajyerler hakkında da İş Kanunu'nun iş sağlığı ve

³¹⁷ Çelik, s. 40.

³¹⁸ Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 63 vd.; Bakırcı, s. 151; Çelik, s. 40; Mollamahmutoğlu, s. 128; Süzek, İş Hukuku, s. 130.

³¹⁹ Çelik, s. 40; Süzek, İş Hukuku, s. 130.

³²⁰ Süzek, İş Hukuku, s. 131.

³²¹ Karş. Süzek, İş Hukuku, s. 131. Aksi yönde: Mollamahmutoğlu'na göre stajyere ödenen ücret zorunlu olmayıp hukuken bağış niteliğindedir. Bak. Mollamahmutoğlu, s. 128.

³²² Aynı yönde Mollamahmutoğlu, s. 128.

³²³ Şahlanan Fevzi, 2008 Yılı Kararları Değerlendirmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Türk-İş Yayını, Ankara 2010, s. 143.

güvenliğine ilişkin hükümleri ile konuya ilişkin tüzük ve yönetmelikler uygulanır³²⁴ ve 5510 sayılı Kanun gereği kısmen sigortalılardan sayılırlar.

B. Çırak

1. Çırağın Hukuki Statüsü

Çağdaş anlamda iş düzenlenmelerinin, üretici kimi faaliyetlere uygulanmadığı görülebilmektedir³²⁵. Çıraklık da üretici faaliyetlerden biri olmakla beraber, esas itibariyle Türk İş Hukuku içinde sayılan iş ilişkilerinden biri değildir³²⁶. Her ne kadar üretime katılsalar da asıl olarak çıraklığın konusu bir meslek ya da sanatın öğrenilmesidir³²⁷. Kalfa ve usta açısından ise iş mevzuatı eksiksiz uygulanacaktır, zira bunlar aslen iş sözleşmesi ile çalışan işçilerdir.

Ülkemizde çıraklığın tarihine baktığımızda çıraklık kavramı, Cumhuriyet dönemi ile birlikte 1926 tarihli Borçlar Kanunu ile hukuk sistemimize girmiştir. 1977 yılında yürürlüğe giren 2089 sayılı Çırak, Kalfa ve Ustalık Kanununa kadar da BK içindeki hizmet akdi hükümleri ile düzenlenmiştir³²⁸. Konuya ilişkin çeşitli dağınık düzenlemelerden sonra 1986 tarih ve 3308 sayılı Çıraklık ve Mesleki Eğitim Kanunu konuyu bütün olarak ele almıştır³²⁹. 2001 yılında ise 4702 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 3308 sayılı Kanun, Mesleki Eğitim Kanunu adını almıştır³³⁰.

³²⁴ Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s. 64; Bakırcı, s. 151; Çelik, s. 41; Süzek, İş Hukuku, s. 131.

³²⁵ Çıraklar işyerindeki üretici faaliyete katılırlar, ancak işçi değil işçiliğe yakın bir kavram olarak tanımlanırlar. Öyle ki 'işçi benzeri' olarak nitelendirilirler. Ayrıntılı bilgi için bak. Mollamahmutoğlu, s. 125.

³²⁶ Çıraklık bir iş ilişkisi sayılmadığı, çıraklar da öğrenci statüsünde olduğu için uyuşmazlıklar da İş Mahkemelerinde görülmez. Davaya asliye veya sulh hukuk mahkemeleri bakmakla yetkilidir. Bak. Çelik, s. 40.

³²⁷ Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s. 63; Çelik, s. 37; Mollamahmutoğlu, s. 125 vd.; Süzek, İş Hukuku, s. 127 vd.

³²⁸ Çelik, s. 37; Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 18.

³²⁹ Ertan, s. 175; Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 15 vd.

³³⁰ Çelik, 37. Bakırcı, 3308 sayılı Kanun'un maddelerinin yanında adında da değişiklik yapan 4702 sayılı Kanun nedeniyle Mesleki Eğitim Kanunu'nu 4702 sayılı Kanun olarak isimlendirmiştir. Karş. Bakırcı, s. 148. Tez kapsamında ise ilgili kanun (MEK), öğretilerdeki diğer yazarlara paralel olarak 3308 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

MEK ırağı md. 3/c bendinde tanımlamıştır. Buna göre ıracak, ‘ıracaklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişi’dir. Bu tanım ILO’nun 60 sayılı ıracaklık Tavsiye Kararına da uygundur³³¹.

Çırağın hukuki statüsü öğrenci olmakla beraber söz konusu sözleşme tam iki taraflı bir sözleşme olup işveren ve ıracak açısından hak ve borç doğurur³³². ıracaklık sözleşmesi uyarınca işveren belirli bir meslek ve sanatı çırağa öğretmeyi ve çalışması halinde çırağa ücret ödemeyi taahhüt ederken; ıracak da bu mesleği öğrenmeyi, kendisine verilen görevleri yerine getirmeyi ve işyeri disiplinine uymayı taahhüt eder. Kişisel borç ön plandadır, bu nedenle ıracak borçlarını başkasına devredemez. Ayrıca ıracaklık sözleşmesi konusu itibariyle devamlı bir sözleşmedir³³³. ıracak işyerinde çalışıyor olmanın yanında bir meslek ve sanatı öğrenmelidir. Bu niteliği itibariyle ıracaklık İş Kanunu dışında bırakılmıştır³³⁴.

3308 sayılı Kanun dönemi öncesinde ıracaklık ilişkinin niteliğine ilişkin tartışmalar bulunmakla beraber 3308 sayılı Kanun’un çırağı öğrenci statüsünde sayan hükümleri karşısında artık bu sözleşmenin sui generis bir sözleşme olduğu görüşü hizmet akdinin özel türü olması görüşünden daha baskındır³³⁵. Dolayısıyla Türk İş Hukukuna göre ıracaklar, işçi olarak kabul edilmezler. ıracakların uygulamada yetişkin iş gücü gibi çalıştırılmalarına³³⁶ rastlanmakla birlikte esas itibariyle ıracaklık ilişkisinde öğrencilik ağır basmaktadır (MEK md. 11)³³⁷. Meslek ve sanat öğreniminin arka planda tutulduğu durumlarda ise ıracaklık ilişkisinden söz

³³¹ Ertan, s. 175.

³³² Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 45; Ertan, s. 176; Uşan, ıracaklık Sözleşmesi, s. 43 vd.

³³³ Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s. 63; Çelik, s.38; Süzek, İş Hukuku, s. 126 vd.; Uşan, ıracaklık Sözleşmesi, s. 48 vd.

³³⁴ Bakırcı, s. 148.

³³⁵ Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 48; Çelik, s. 38; Süzek, İş Hukuku, s. 127; Uşan, ıracaklık Sözleşmesi, s. 37.

³³⁶ Uşan, ıracaklık Sözleşmesi, s.7.

³³⁷ MEK md. 11:‘Aday ıracak ve ıracak; öğrenci statüsünde olup, öğrencilik haklarından yararlanır. Bunlar işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmezler.’ Örneğin toplu iş hukukunda işyerindeki işçi sayısına katılmazlar. Bak. Tuncay, A. Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2010, s. 207; Süzek, İş Hukuku, s. 127.

edilemez³³⁸. Uygulamada çıraklık ilişkisinin aslında ‘gizlenmiş bir hizmet akdi ilişkisi olup olmadığı’³³⁹ her somut olayda ayrıca değerlendirilmeli, gerçekten çıraklık söz konusu ise hangi kanunun geçerli olduğu saptanmalıdır.

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu çıraklığı düzenlemiştir; ancak Kanun kapsamını meslek ve iller itibarıyla sınırlamıştır³⁴⁰. Kapsam dışında kalanlarınsa hemen hemen hiçbir yasadan yararlanmaması yeni değildir³⁴¹. Konuya ilişkin uygulanabilecek olan BK ve UHK hükümleri sınırlıdır. Örneğin BK anlamında çıraklık için herhangi bir yaş sınırlaması bulunmamaktadır ve ücret de zorunlu unsur olarak düzenlenmemiştir³⁴². Çıraklığa ilişkin düzenlemeler arasındaki bu gibi önemli farklılıklar eleştiriye açıktır.

Ayrıca 2001 yılında 4702 sayılı Kanunla yapılan değişiklik (md. 4) MEK kapsamı dahilindeki meslekleri belirleme yetkisini Kurula bıraktığı için, kısacası Kurulun takdiri ile bu alanlar genişleyip daralabileceği için eleştirilmektedir³⁴³. Kanımızca bu durum Borçlar Kanunu ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun uygulama alanını belirleme yetkisini idari bir düzenlemeye açtığı için öncelikle eleştirilmelidir. Bununla beraber çırakların özel durumları saklı kalmak kaydıyla iş hukukunun koruyucu hükümlerinden faydalanmaları gerektiği, denetimlerin sıklaştırılması, hukuki yaptırımların ve cezai yaptırımların uluslararası normlara uygun şekilde düzenlenmesi gerektiği de kabul edilmektedir³⁴⁴.

2. 3308 sayılı MEK Kapsamında Çırak

3308 sayılı Kanun’un uygulandığı işyerlerinde ise MEK kapsamında çırak olanlara ilişkin yaş sınırı ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre çırak en az ilkokul

³³⁸ Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 8; Yürekli, Çıraklık, s. 1068.

³³⁹ Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 47.

³⁴⁰ Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 133.

³⁴¹ Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 29.

³⁴² Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s.10.

³⁴³ Çelik, s. 39.

³⁴⁴ Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s.10 vd.

mezunu ve sağlığı ve bünyesi elverir olmalı, 14 yaşından gün almış bulunmalıdır. Çırakların 19 yaşından gün almamış olması da gerekir (md. 10). 3308 sayılı Kanun kapsamındaki çıraklık ilişkisi yazılı çıraklık sözleşmesine dayanır.

Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında çıraklık kavramının yanında aday çırak kavramı da öne çıkmaktadır. Aday çırak kavramı 3308 sayılı Kanun döneminden önce mevzuatımızda bulunmamakla beraber ahilik içinde yer alan yamaklığa benzetilegelmiş, doktrinde de aday çıraklığın çıraklık için gerek şart olmadığı kabul edilmiştir (MEK md. 9, 10)³⁴⁵. Aday çırak mesleğe hazırlık yapmak isteyen kişilere sağlanan bir imkan olup çırak olmanın zorunlu bir unsuru değildir, zira madde metnine bakıldığında çıraklık için aranan şartlar arasında aday çırak olmak sayılmamıştır.

Uşan, ilkokulu (artık ilköđretimi³⁴⁶) bitirip henüz 14 yaşından gün almayan çocukların aday çırak olarak çalıştırılabileceğini, çıraklık mevzuatında aday çıraklığa ilişkin asgari çalışmaya başlama yaşı öngörülmediği için asgari yaşa ilişkin olarak UHK'nun uygulama alanı bulacağını savunmaktadır³⁴⁷. Bununla beraber biz 9. maddede öngörülen asgari çalışma yaşının aday çıraklığı da kapsayacağı yönündeki görüşe katılıyoruz³⁴⁸. Aksi halde aday çıraklık aracılığıyla Mesleki Eğitim Kanunu'na dolanmak mümkün olacaktır ki aday çıraklık kurumundan beklenen fayda bu değildir. Zaten 1997'de 4306 sayılı Kanun'la değişik MEK madde 9 düzenlemesiyle aday çıraklar için de ilköğretim okulunu bitirmiş olma şartı aranmaktadır ki, bu halde artık aksini savunmak mümkün gözükmemektedir.

³⁴⁵ **Uşan**, Çıraklık Sözleşmesi, s.5. Diğer taraftan aday çıraklık için de sözleşme yapılması gerekmektedir. MEK md.13/2. Uşan, aday çıraklıktan çıraklığa geçiş için yeni sözleşme yapılmasındansa kanunda yapılacak bir değişikliği önermekte ve aday çıraklık sözleşmesinin çıraklık sözleşmesi olarak devam etmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir. Bak. Aynı yazar, s. 7.

³⁴⁶ 1997 tarih ve 4306 sayılı Kanun zorunlu eğitimi sekiz yıla çıkarırken MEK md. 9'da da değişiklik yapmış, ilkokul bitime şartı ilköğretimi bitirme olarak değişmiştir.

³⁴⁷ **Uşan**, Çıraklık Sözleşmesi, s.6. Yine de aday çırağın da, çırak gibi sosyal haklardan ve ücretten yararlandığı savunulmuştur. Bak. Aynı yer.

³⁴⁸ **Ertan**, s. 189.

3308 sayılı Kanun kapsamındaki çıraklık ilişkisinde, BK kapsamındaki çıraklık ilişkisinden farklı olarak asgari ücretin % 30'undan az olmamak kaydıyla taraflarca belirlenecek bir ücret ödenmesi sözleşmenin zorunlu unsuru sayılmıştır. BK açısından çıraklığın karşılığı meslek ve sanatın öğretilmesi iken, 3308 sayılı Kanun kapsamında buna ücretin eklendiği söylenebilir³⁴⁹. Dolayısıyla iş sözleşmesinden farklı olarak 3308 sayılı Kanun kapsamındaki işçiler için ücret, sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan (çıraklık sözleşmesi) bir borç değildir, ücret borcu bu halde kanundan doğmaktadır³⁵⁰.

İş Kanunlarının kapsamı dışında kalan bir statü olmakla beraber, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre çıraklar, bu kanunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerinden yararlanırlar (md. 4/f). Bu nedenle İş Kanunu'nun ağır ve tehlikeli işlerde (md.85) ve yeraltı ve sualtı işlerinde (md. 72) çalışma için öngördüğü asgari çalışma yaşının çıraklar için de söz konusu olacağını kabul etmek gerekir³⁵¹. Bunun dışında çıraklar işçi olmadıkları için İş Kanunu'na dayanarak işçilik hakkı talep edemezler. Örneğin kıdem tazminatının hesabında bu süreler dikkate alınmayacaktır³⁵². Ayrıca çıraklar hakkında Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu da uygulama alanı bulmayacaktır³⁵³. Çıraklara uygulanacak 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri İş Sağlığı ve Güvenliği başlığında ayrıca incelenecektir.

3. Borçlar Kanunu Kapsamında Çırak

BK kapsamında çıraklık sözleşmesi için herhangi bir yaş sınırlaması bulunmamaktadır³⁵⁴. Konu BK kapsamında 4 maddede düzenlenmiştir: 313, 318, 330 ve 342.

³⁴⁹ Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 45, bak. Yarg. 9 HD, K. 1956/7634.

³⁵⁰ Süzek, İş Hukuku, s. 127.

³⁵¹ Ertan, s. 189.

³⁵² Yarg. 9. HD, 17.12.1991, E. 1991/10952, K. 1991/16202: www.kazanci.com.

³⁵³ Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, s. 63; Süzek, İş Hukuku, s. 129; Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 29 vd. Konu, Sendikalar Kanunu ve TİSGLK başlığında ayrıntılı incelenecektir.

³⁵⁴ Ertan, s. 190.

BK'da hüküm bulunmayan hallerde ise UHK uygulanır. Burada BK 313/3 gereği hüküm bulunmayan hallerde hizmet sözleşmesinin hükümleri kıyasen uygulanır. Borçlar Kanunu düzenlemelerinde de çıraklık sözleşmesi yazılı şekle tabidir³⁵⁵. Ücret ise zorunlu unsur olarak düzenlenmemiştir³⁵⁶.

Yeni Türk Borçlar Kanunu ise konu ile ilgili düzenlemeleri daha da sınırlamış bunu da gerekçede konunun zaten 3308 sayılı Kanun'da düzenlenmesine bağlamıştır. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun 313. maddesine karşılık gelen 393. madde dışında çıraklara değinilmemiştir. Ancak özellikle BK md. 330 «Çırağa, kaideten, ne geceleri ne de cuma günleri iş verilmez» hükmü 3308 sayılı Kanun gece çalışmasıyla ilgili bir düzenlemeye yer vermediğinden özel önem taşımaktaydı. Bu hükmün yeni Türk Borçlar Kanunu'nda yinelenmemesinin isabetli olmadığını düşünüyoruz.

Çıraklık sözleşmesi hem 3308 sayılı Kanun'a hem de BK'ya göre yazılı yapılmak zorundadır. Yazılı şekil geçerlilik şartıdır. Yargıtay yazılı bir çıraklık sözleşmesi bulunmadığında sözleşmeyi, tahvil yoluyla iş sözleşmesi olarak değerlendirmektedir³⁵⁷. Ancak bu kararlar, çıraklık sözleşmesi ile iş sözleşmesinin niteliği arasındaki farklılık nedeniyle eleştirilmekte, sözleşmenin çıraklık sözleşmesi olarak kalması, geçersizliğinin ise ileriye etkili olarak sonuç doğurması gerektiği savunulmaktadır³⁵⁸.

1475 sayılı Kanun döneminde on sekiz yaşından küçük çırakların iş sağlığı ve güvenliği tartışma konusu olmuş ve 1475 sayılı Kanun'un konuyu düzenlemekten

³⁵⁵ Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 49, BK md. 318.

³⁵⁶ Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s.47 vd.; Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s.8. Bkz. Yargıtay 9.HD, 6.12.1968, K. 1968/15061: www.kazanci.com.tr.

³⁵⁷ Karş. Yenisey, Kübra Doğan, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 ve orada anılan Yargıtay kararları, Erişim tarihi: 5.6.2011: http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ana&ana_id=108.

³⁵⁸ Yenisey, Yargıtay'ın Kararlarının Değerlendirilmesi, aynı yer; Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 77.

kaçınması eleştirilere sebep olmuştur³⁵⁹. 4857 sayılı İş Kanunu ise istisna hüküm getirerek çırakların ve stajyerlerin de iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlanacaklarını hükme bağlamıştır (md.4/1-f)³⁶⁰. Bu hüküm 3308 sayılı Kanun kapsamındaki çıraklar için geçerli olduğu gibi Borçlar Kanunu'na tabi çıraklar için de geçerlidir.

Sonuç olarak yukarıda belirtildiği gibi 3308 sayılı Kanun kapsamında olsun olmasın tüm çıraklar açısından 4857 sayılı Kanunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri (md.4/1-f) uygulanır³⁶¹. 1 Ekim 2012'de yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu ise iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çeşitli hükümler getirmektedir. Kanımızca bu hükümler ancak İş Kanunu'ndaki iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinde boşluk olması halinde çıraklara da uygulanabilecektir.

V. Değerlendirme

Birinci bölümdeki incelememiz sonucunda iki tespite ulaşılmıştır. İlk olarak, uluslararası düzenlemelerde çocuk işçi kavramının sadece ILO tarafından açıkça tanımlandığı, kimi zaman ILO'nun dahi istatistikî verileri toplarken bu tanımdan saptığı görülmektedir. Buna göre ILO, kural olarak belirlenen standartların altında çalışmayı çocuk işçiliği olarak tanımlamaktadır. Böylece çocuk işçi en kötü çalışma biçimlerinde çalışan çocukları da kapsayacak şekilde asgari çalışma yaşının altında çalışan çocukları kapsamaktadır. Ülkelerin ücretsiz ev hizmeti ve kapsam dışında bırakılan tarım işleri gibi sektörleri düzenlemelerin dışında

³⁵⁹ Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 243 vd.; Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 21 vd.

³⁶⁰ 2001 değişik haliyle halen yürürlüğünü koruyan MEK md. 13/4'te 'Bu kanunun uygulandığı yer ve meslek dallarında Borçlar Kanununun çıraklık hükümleri ile on sekiz yaşını doldurduktan sonra sözleşmesi devam eden çıraklar hakkında 1475 sayılı İş Kanunu'nun işçi sağlığı ve güvenliği başlıklı beşinci bölümünde yer alan hükümleri dışındaki hükümler uygulanmaz.' denilmektedir. 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanun düzenlemesi ile çıraklar yaş ayrımı yapılmaksızın Kanun kapsamından –iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri hariç olmak üzere- çıkarılmıştır. 4857 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre, 1475 sayılı Kanun'a yapılan atıflar 4857 sayılı Kanun'a yapılmış sayılır. Buna göre md. 13/4 hükmünün 4857 sayılı Kanun olarak okunması, MEK kapsamında çalışan çıraklar için 4857 sayılı Kanunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin 'yaş ayrımı yapılmaksızın' uygulanması gerekir.

³⁶¹ Karş. MEK md. 13/4.

tutması mümkünse de bu işlerde çalışan çocuklar da çalışmanın uzun çalışma sürelerine yayılmış olması, sağlıksız koşullarda, tehlikeli bölgelerde yapılması veya sağlığı tehdit eden araçlar ve ağır yükleri barındırması halinde çocuk işçi sayılmaktadır. Burada önemli olan, çalıştırılan çocukların iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmaması değil, çalışma şeklinin tehlikeli ve insan haklarına aykırı olmasıdır.

Avrupa Konseyi ve AB düzenlemeleri ise çalışanlar için genç ifadesini kullanmış, gençlerin çalışmasını belli standartlarla düzenleme yoluna gitmiştir. Bunu yaparken de asgari çalışma yaşının altındakileri çocuk olarak tanımlamış ve kural olarak çocukları çalışma hayatından dışlamıştır. Dolayısıyla çocuk ve işçilik kavramlarını aynı anda kullanmaktan kaçınılmış, çocukların işçi olamayacağı düzenlenmiştir. Uluslararası düzenlemelere bakıldığında varılan sonuç, 182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin kabul ettiği yaklaşıma da paralel olarak, çocuk işçi kavramı çocuğun insan haklarına ve hukuki düzenlemelere aykırı çalışma biçimlerini ifade ettiği kabul etmektedir. Bu nedenle asgari çalışma yaşının üzerinde ve yasal düzenlemelere uygun işlerde çalıştırılan çocuklar, 18 yaşından küçük dahi olsa «çocuk işçi» olarak nitelendirilmemektedir.

Varılan ikinci sonuç, 4857 sayılı İş Kanunu'na gelinceye kadar ulusal düzenlemelerde çocuk işçi tanımına yer verilmediğidir. Anayasa ve Türk Medeni Kanunu genel olarak soybağını ifade eden ve ailenin düzenlenmesi ile ilgili konularda çocuk ifadesini kullanmış, çalışma ve aileden ayrı yaşama söz konusu olduğunda küçük ifadesine yer vermiştir. Diğer taraftan işçi olmamakla beraber işçi benzeri sayılan ancak her durumda 18 yaş altında olması yani hukuken çocuk sayılması gerekmeyen çırak ve stajyerlere ilişkin hükümler iç hukukumuzda sınırlı tutulmuş ve çocuk haklarıyla hemen hemen hiç ilişki kurulmadan düzenlenmiştir. Konuyu çocuk hakları ile beraber düşünmek öncelikli olarak denetim mekanizmalarına etkinlik kazandırmayı gerektirmektedir³⁶². 3308 sayılı Kanun kapsamında asgari ücretin yükseltilmesi, çalışma koşullarının

³⁶² **Gürçay/Kumaş**, Yasal Düzenlemelerin Engelleyemediği Gerçek: Üretim Faktörü Olarak Çalışan Çocuk, MESS Mercek Dergisi, Nisan 1999, s. 90; **Çolak, Ömer Faruk**, Küreselleşme, Beşeri Sermaye ve Çocuk İşgücü, TİSK Yayın No: 177, İstanbul 1999, s. 85.

iyileştirilmesi gerekmektedir. Mesleki eğitim veren işkollarının artırılması da alınması gereken önlemler arasındadır. 18 yaşın altında olmaları halinde söz konusu çırakların çocuk haklarından, sosyal güvenlik ve sendikal haklardan yararlanmaları için sendikaların da mücadele etmesi, devlet ve işveren ile birlikte çalışan çocukların çalışma koşullarının düzenlenmesi gerekmektedir³⁶³. Sendikalara da toplu iş sözleşmeleri ile bu konularda sınırlayıcı hükümler koydurma yoluna gitmesi tavsiye edilmektedir³⁶⁴. Buna paralel olarak konfederasyonların çalışan çocuklar bölümleri işlerlik kazanmalıdır^{365 366}.

Bu noktada 2010 değişiklikleri ile Anayasa'da yer verilen dolayısıyla Anayasal dayanağa kavuşan 'çocuğun yüksek yararı' ilkesi özel önem taşımaktadır. Bu ilkenin Anayasa md. 90/son hükmünden hareketle Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü biçimde çocuğa ilişkin tüm konularda uygulanması gerekir. Kanımızca, bu nedenlerle Türk Hukuku açısından da çocuğun yüksek yararına aykırı çalışma biçimlerinin hukuka aykırı sayılması ve uluslararası hukuk terminolojisiyle uyumlu olarak bu çalışma biçimlerinin çocuk işçiliği olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

³⁶³ **Tuncay, A. Can**, Deri İşkolunda Çalışan Çocukların İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, s. 53; **Gürçay/Kumaş**, s. 90.

³⁶⁴ **Tuncay, A. Can**, Deri İşkolunda Çalışan Çocukların Sorunları, s. 53; **Karabulut, Özcan**, Çalışan Çocuklar, Türk-İş Yayını, Ankara 1994, s. 49.

³⁶⁵ **Eyrenci, Öner**, Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Sendikaların Rolü, Sendikalar ve Çalışan Çocuklar Semineri, Türk-İş Yayını, Adapazarı 1993, s. 42.

³⁶⁶ **Karabulut**, s. 49.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ÇOCUK İŞÇİNİN KORUNMASI

§ 3. İş Hukuku Düzenlemelerinde Çocuk İşçi

Türk İş Hukuku açısından tek başına çocuk kavramı tanımlanmamaktadır. Diğer taraftan Türk Medeni Kanunu'ndaki "küçük" ifadesi de tek başına İş Hukukundaki çocuğa yönelik koruyucu düzenlemeleri açıklayamamaktadır. İş Hukuku uyarınca on sekiz yaşın altındakilerin açıkça koruma kapsamında sayıldığı hallerde, artık evlenme ile veya yargı kararıyla ergin olmanın da bir önemi kalmamakta, hukuken küçük ifadesi yerini sosyolojik olarak çocuk tanımına bırakmaktadır.

Uluslararası hukuktaki genel kabul uyarınca çocuk on sekiz yaşın altındaki birey olarak tanımlanmakta, bu nedenle Türk İş Hukuku açısından da on sekiz yaş altındaki işçiler, çocuk işçi ya da genç işçi sayılmaktadır. Bu sınırın üzerindeki yaş grupları ise yetişkin işçi olarak kabul edilmektedir.

Tek başına "çocuk işçi" kavramının Türk İş Hukuku mevzuatına girişi ise nispeten yenidir. 2003 yılından önce çocuk işçi tanımı mevzuatta yer almamakta, bununla beraber doktrin bu boşluğu yorum yoluyla doldurmaktaydı. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu³⁶⁷ döneminden önce Centel, çocuk işçi deyimini o dönemdeki 1475 sayılı İş Kanunu ilk şeklinde asgari çalışma yaşını belirlemediği için Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nu uygulayarak, çalıştırılmaması gerektiği halde fiilen çalıştırılan işçiler için kullanmış ve bunun hukuki bir betimleme olmadığı üzerinde durmuştu³⁶⁸. Böylece eski 1475 sayılı Kanun döneminde, 1930 tarihli ve

³⁶⁷ RG: 10.06.2003, No: 25134.

³⁶⁸ Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 36.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca Türk İş Hukukunda çocuk ve genç işçiler olmak üzere iki grubun bulunduğu yorum yoluyla kabul edilmişti³⁶⁹.

1475 sayılı Kanun 1983 tarihinde 2869 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve daha önce bulunmayan asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir. Buna göre, 1475 sayılı İş Kanununun 67 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: «15 yaşından aşağı çocukların çalıştırılmaları yasaktır. Ancak, çocukların sağlık ve gelişmelerine, okul veya mesleki eğitim ve mesleğe yöneltme programlarına devamlarına yahut öğrenimden faydalanma kabiliyetlerine zarar vermeyecek nitelikteki hafif işlerde 13 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılmaları mümkündür. Okula gidenlerin iş saatleri, okul saatlerine engel olmayacak şekilde düzenlenir ve ders saatleri 7,5 saatlik çalışma süresinin içinde sayılır.». Böylece 1475 sayılı İş Kanunu'nda ilk defa asgari çalışma yaşı kabul edilmiş oldu.

Nihayetinde 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile çocuk ve genç işçi terimleri açıkça Kanun metninde yer almıştır. 4857 sayılı İş Kanunu da çocuğu tek başına tanımlamamakla beraber çocuk işçi ve genç işçi kavramlarını kullanmıştır. Ayrıntılı tanımı ise yönetmeliğe bırakmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girişiyle bu Kanun kapsamındaki işlerde asgari çalışma yaşı 138 sayılı ILO Sözleşmesi'nde olduğu gibi kural olarak 15'tir ve 15 ila 18 yaş arasındaki bu grup “genç işçi” olarak tanımlanmaktadır³⁷⁰. Diğer taraftan İş Kanunu, Yönetmelik ile belirlenecek hafif işlerde asgari çalışma yaşını 14 olarak belirlemiştir ve bu grup da “çocuk işçi” olarak tanımlanmıştır (İş Kanunu md. 71). Bu Kanuna dayanarak çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik³⁷¹ çocuk işçiyi, 14 yaşını bitirmiş 15'ini tamamlamamış ve ilköğrenimini bitirmiş çocuk olarak tanımlamaktadır (Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.4). 6 Nisan

³⁶⁹ **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s.36; **Tunçomağ, Kenan**, İş Hukuku Cilt I, İstanbul 1979, 267 vd.

³⁷⁰ Bu dönemde **Centel/Tunçomağ**, s. 177'de çocuk ve genç işçi yerine küçük işçi ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.

³⁷¹ RG: 06.04.2004, No: 25425.

2004 tarihli bu Yönetmelik (Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik) konuyu ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında çalışanlar açısından ise Yönetmelik düzenlemesini uygulama alanı bulmayacaktır. Zira Yönetmelik'in dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümleridir. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında çalışanlar açısından Yönetmeliğin uygulanamaması elbette çalışan çocukların korunmasına ve iş mevzuatının yeknesaklaştırılmasına hizmet etmemektedir³⁷².

İş Kanunu kapsamı dışında çalışan çocuklar açısından ise doktrinde daha önce yapılmış ayırımı devam ettirmek de yerinde değildir³⁷³. 4857 sayılı Kanun kapsamı dışındaki işlerde uygulanacağı kabul edilen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na aykırı olarak 12 yaş altında çalıştırılanları çocuk işçi, 12-18 yaş aralığında çalıştırılanları genç işçi sayan önceki yorumları kabul etmek artık mümkün değildir. Zira bu iki çocuk işçi-genç işçi kavramı ne aynı kanun kapsamında çalışanları, ne de aynı yaş aralığında bulunanları ifade etmektedir. Kaldı ki, hukuk sistemi içinde iki ayrı çocuk işçi ve iki ayrı genç işçi tanımları yapmak karışıklığa sebep olma tehlikesi de taşımaktadır. Bunun dışında Türk Hukuku açısından 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (UHK) uyarınca genç işçi sayılanların, ILO açısından çocuk işçi tanımına girmesi nedeniyle de kavram karışıklığı doğacaktır.

Dolayısıyla 4857 sayılı Kanun dönemindeki çocuk ve genç işçi tanımlarının, 1475 sayılı Kanun döneminde kullanılan çocuk ve genç işçi ayırımı farklı olduğu savunulmakta, 1475 sayılı Kanun dönemindeki tanımların 4857 sayılı yeni İş Kanunu bakımından uygun olmadığı kabul edilmektedir³⁷⁴. Bu nedenle 4857

³⁷² **Seçer, Öz**, Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011, s. 1428.

³⁷³ **Seçer**, s. 1428. Bak. **Mollamahmutoglu**, s. 369 vd.

³⁷⁴ **Mollamahmutoglu**, s. 293 vd.; **Centel/Tunçomağ** da yukarıda belirtildiği gibi çocuk ve genç işçi ifadesini kullanmak yerine konuyu, küçükleri koruyucu hükümler başlığında incelemeyi uygun görmüştür. Bak. **Centel/Tunçomağ**, s. 177-179.

sayılı Kanun dönemi öncesine ilişkin kaynaklar bu gözle okunmalıdır. Çocuk işçinin ancak 4857 sayılı Kanun ile hukuki bir tanıma kavuştuğu ve yine 4857 sayılı Kanunun yapmış olduğu çocuk-genç işçi ayırımının sadece bu Kanun kapsamına giren işler için geçerli olacağı unutulmamalıdır.

İster İş Kanunu kapsamındaki bir iş ilişkisi içinde çalışan 15 yaş altındaki çocuk (veya 14 yaşında olup hafif işlerde çalıştırılmayan çocuk), isterse Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamındaki bir iş ilişkisi içinde çalışan 12 yaş altındaki çocuk söz konusu olsun, bu çalışma biçimleri hem uluslararası hukuka hem de iç hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla bu çocukları «çocuk işçi» ve hatta kötü çalışma biçimlerinde çalıştırılan çocuklar olarak değerlendirmek mümkün olabilecektir (182 sayılı ILO Sözleşmesi md. 3/d)³⁷⁵.

Birinci bölümde ifade edildiği gibi çocuk işçi tanımı ILO tarafından iç hukukta yapılan tanımlamalardan farklı düzenlenmiştir. Bu nedenle çalışma kapsamında, Türk İş Hukuku uyarınca iş sözleşmesiyle bağımlı çalışan çocuklar için yaşın önem taşımadığı dolayısıyla çocuk ve genç işçileri kapsayan ortak bir ifade olarak "çalışan çocuk" ifadesi kullanılacaktır. Bu nitelemenin, ILO'nun ortaya koyduğu ekonomik olarak aktif çocuk (*economically active* ya da *working children*) tanımından daha dar bir kavram olduğu unutulmamalıdır³⁷⁶.

Türk Hukukunda çocuk işçi kavramı İş Kanunu kapsamındaki belli işlerde çalışan, belli yaş grubundaki çocuklara özgülenmiştir. Aşağıdaki incelemede konu iç hukuktaki çocuk işçi-genç işçi tanımlarından bağımsız olarak ele alınacak, iç hukuk düzenlemeleri açısından *iş sözleşmesi ile çalışan çocuklara* yönelik korumalar, iş sözleşmesinin kurulması, devamı ve sona ermesi aşamaları açısından değerlendirilecektir. Böylece iç hukuk açısından «çocuk işçi ve genç

³⁷⁵ Birinci Bölüm'de belirtildiği üzere uluslararası düzenlemelere göre çocuk işçi, özetle, asgari çalışma yaşının altında ve yasal düzenlemelere aykırı olarak çalıştırılan çocukları ifade etmektedir. Bak. Birinci Bölüm, s. 45 vd.

³⁷⁶ Bak. Birinci Bölüm, s. 45 vd.

işçiler arasında hukuki düzenlemelerin hüküm ve sonuçları açısından bir ayırımı gidilmiş midir» sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu düzenlemeleri, çalışan çocuklara ilişkin olumlu düzenlemeler içermektedir. Ancak Kanun hükümleri, bir önceki 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerinde olduğu gibi tüm çalışan kesimleri kapsayacak nitelikte değildir. Bununla beraber özel düzenleme olan Deniz İş ve Basın İş Kanunları yine aşağıda inceleneceği üzere çalışan çocuklar konusunda, ya Deniz İş Kanunu'nda olduğu gibi kısıtlı ya da Basın İş Kanunu'ndaki gibi genel hükümlerden onsekiz yaş altındakiler de yararlanacağı için dolaylı düzenlemeler içermektedir³⁷⁷. Bu nedenle aşağıdaki incelemede, çalışan çocuklara ilişkin düzenlemeler İş Kanunu kapsamındaki işler ve İş Kanunu dışındaki işler olarak iki kısımda değerlendirilecektir.

Bu halde Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasındaki ilişki önem kazanacaktır. Öğretideki genel kabul, İş Hukuku mevzuatını oluşturan bu üç kanun arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmadığı yönündedir³⁷⁸. 4857 sayılı Kanun genel kanun niteliğinde olmamakla beraber uygulama kapsamı daha geneldir³⁷⁹. Ancak bu durum, uygulama kapsamı daha dar olan diğer iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmayacaktır³⁸⁰. Bununla beraber düzenleme boşluğu, genel kanun olan Borçlar Kanunu göre doldurulsa da İş Hukukunun özel karakterine uygun olarak hükümlerin yeniden tanımlanması gerekmektedir³⁸¹.

³⁷⁷ **Şahin, Barış**, Çocuk İşçilerin Korunması, Yetkin 2010, s. 159.

³⁷⁸ Bak. **Süzek**, s. 206, 208; **Mollamahmutoglu**, s. 41; **Günay**, s. 57; A. Can Tuncay, Basında İşçi-İşveren İlişkileri, s. 25 vd. Aksi yönde, **Çenberci**, s. 37.

³⁷⁹ Bak. **Süzek**, s. 206; **Mollamahmutoglu**, s. 41.

³⁸⁰ Bak. **Mollamahmutoglu**, s. 40; **Süzek**, 37. Diğer taraftan üç kanun arasında olmasa da Basın İş Kanunu ile 4857 sayılı Kanun arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olduğu da iddia edilmektedir. Bak. **Mollamahmutoglu**, s. 194. Aksi yönde, **Süzek**, İş Hukuku, s. 208; **Günay**, s. 57 vd. Bu değerlendirmenin temelinde 4857 sayılı Kanun'da belirtilen istisnalar arasında Basın İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin sayılmaması gösterilmektedir. Diğer taraftan Kanunkoyucunun, iş güvencesi hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulacak olmasını, hem 4857 sayılı Kanun'da, hem de Basın İş Kanununda belirtme yoluna da gitmiş olmasının özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmadığına yorulmaktadır. Bak. **Süzek**, İş Hukuku, s. 207.

³⁸¹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 37; **Çenberci**, s. 22.

Sonuç olarak 4857 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalan işlerde özel düzenleme de mevcut değilse, Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İş Kanunu kapsamı dışında olan ve özel düzenlemelere de bağlı olmayan işlerde Borçlar Kanunu'nda hüküm bulunmaması halinde de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu³⁸² uygulanacaktır³⁸³. Genel hüküm niteliği taşıyan Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri ise 4 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak değiştirilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri Kanun'un yürürlük maddesi gereğince 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecektir.

§ 4. İş Sözleşmesinin Kurulması ve Çocuk İşçi

Çocuklar hak ehliyeti sahibi olmakla beraber fiil ehliyetleri bakımından yetişkinlere eşit değildir. Bu durum birçok sorunun doğmasına sebep olmuştur. Daha önce üzerinde durulduğu gibi bu sorunların temelinde, çocuğun tek başına karar alma, hak ve borç altına girme ehliyetinin (fiil ehliyetinin) sınırlı olması yanında özel olarak korunması gereken bir kategori içinde sayılması yatmaktadır. İş sözleşmesi kurulurken çocuklara yönelik korumanın kapsamı da genel kural olan fiil ehliyetlerini sınırlamanın yanında, emredici düzenlemelerle çalışma ilişkisinin düzenlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

İş sözleşmesinin kurulmasında çocukların korunması üç başlık altında incelenebilir. İlk olarak sözleşme görüşmelerine ilişkin çocuklara yönelik korumalar üzerinde durulacaktır. İkinci olarak asgari çalışma yaşına ilişkin emredici düzenlemeler ve bunların iş sözleşmelerine etkisi açıklanmaya çalışılacak, son olarak da işverenlerin niteliğine yönelik sınırlamalar aktarılacaktır.

³⁸² Tertip:3, Resmi Gazete Tarihi: 06.05.1930, Sayısı: 1489.

³⁸³ Ertan, s. 189.

I. Sözleşme Görüşmelerinde Çocuklara Yönelik Korumalar

A. Sözleşme Görüşmelerinde Usul

Sözleşme görüşmeleri çerçevesinde işveren, iş görüşmeleri sırasında çocuğun ve ailesinin kişilik haklarını ihlal edecek sorular sormamak, sözleşmenin meydana geleceği konusunda esası olmayan güven yaratmamak, bu görüşmelerde edindiği bilgileri çocuk veya yasal temsilcisinin rızası olmadan üçüncü kişilerle paylaşmamakla yükümlüdür³⁸⁴. Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik³⁸⁵ de İş Kanunu kapsamında çalışacak çocuk çalışanlarla işveren arasındaki görüşmelerde, işverene çocuğu ve yasal temsilcilerini doğru bilgilendirme yükümü getirmiştir (md. 12/a). Bu görüşmeler sırasında gerçeğe aykırı bilgi verilmesi ya da kimi bilgilerin kasten saklanması sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır.

Görüşmeler sırasındaki söz konusu kusur, eğer sözleşme kurulduysa her iki taraf açısından da haklı nedenle fesih sebebi de teşkil edebilecektir (İşK. md. 24, md. 25)³⁸⁶. Sözleşme görüşmeleri ardından sözleşme kurulmadıysa ve bundan bir zarar doğmuşsa genel hükümlere göre culpa in contrahendo sorumluluğuna gitmek de mümkün olacaktır³⁸⁷.

Sözleşme görüşmelerinde usule ilişkin olarak İş Kanununun uygulanmasına ilişkin Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik dışında çocuk ve gençler için ayırıcı bir hüküm yoktur. Dolayısıyla İş Kanunu kapsamı dışında çalışan diğer çocuklar açısından koruyucu bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle İş Kanunu dışında kalan hallerde sözleşme görüşmelerine ilişkin genel hükümlere gitmek gerekecektir.

³⁸⁴ Bu konuda bak. Kişisel Verilerin Korunması, s. 129 vd.

³⁸⁵ RG: 6.4.2004, No: 25425.

³⁸⁶ **Seçer**, s. 1433.

³⁸⁷ **Bakırcı**, s. 414 vd; **Süzek**, s. 268 vd.

B. Sözleşme Şekli

Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik md. 12/c uyarınca işverenler çocuk ve genç işçilerin velisi veya vasisi ile yazılı iş sözleşmesi yapmak zorundadır. Bunun yaptırımını ise Yönetmelikte gösterilmemiştir. Yazılılık şartının çocuk ve genç işçiler açısından geçerlilik şartı sayılması yasal temsilcinin icazetine kadar sözleşmenin askı halinde kalması ihtimalini bertaraf edeceği ve askı halinde çocukların çalışmasının önüne geçileceği için tercih edilebilirdi. Ancak Yönetmelik hükmü bu yönde yorumlanmamıştır. Nitekim İş Kanunu'nda çocuk ve genç işçilerle yapılacak iş sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlanmadığı, söz konusu düzenlemenin geçerlilik değil ispat şartı olduğu belirtilmektedir³⁸⁸.

Diğer taraftan İş Kanunu kapsamında çalışmakla beraber TMK kapsamında kendisi iş sözleşmesi yapabilen çocuklara ilişkin bir hükmün Yönetmelikte yer almadığı savunulmaktadır³⁸⁹. Kanımızca hem 4857 sayılı Kanun hem de Yönetmelik, yasal temsilcinin izin veya onay olmaksızın iş sözleşmesi yapabilen çocuk ve genç işçilerle, izne veya onaya tabi olanlar arasında bir fark gözetmemiştir. Kanunun sistematiğine bakıldığında bu çocuklar için farklı bir terminoloji kullanılmadığını veya farklı düzenlemelere yer verilmediğini görüyoruz. Bu nedenle, yazılı şekil kuralının bu çocuklar söz konusu olduğunda da uygulama alanı bulacağını düşünüyoruz. Şu kadar ki, bu sefer sözleşmenin çocuk veya genç işçi ile işveren arasında yazılı yapılması doğal olarak yeterli olacak, veli veya vasinin izin veya onayı aranmayacaktır.

BK ise, aksine bir kural olmadıkça iş sözleşmesinin özel bir şekle bağlı olmadığını öngörmektedir. Çalışan çocukların iş sözleşmesi ile ilgili ne halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu, ne de yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bir hüküm içermektedir. Diğer taraftan ayırt etme gücüne sahip küçük, ana veya babasına ait işyerinde iş sözleşmesi ile çalışacaksa bu

³⁸⁸ Bakırcı, Kadriye, Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 160.

³⁸⁹ Bakırcı, s. 160.

durumda da kayyımın katılımı ile yazılı sözleşme yapılması ya da hakimin onay vermesi gerekmektedir (TMK. md. 345)³⁹⁰.

Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler açısından ise genel kural çalışan çocuklara da uygulanacak ve genel kural uyarınca sözleşme yazılı yapılacaktır (Deniz İşK. md. 5). Diğer taraftan Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik md. 12/c hükmüne benzer şekilde buradaki yazılılık şartının da geçerlilik değil ispat şartı olduğu belirtilmiştir³⁹¹.

II. Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Düzenlemeler

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında çocukların fiil ehliyetlerini sınırlayan emredici düzenlemeler bulunmaktadır. Esasen iş sözleşmesi yapma ehliyeti de Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hak ehliyeti (md. 8) ve fiil ehliyeti (md. 9) ayırımına uygun olarak açıklanabilir³⁹². Kanun çerçevesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes eşittir. Ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan her ergin kişi fiil ehliyetini haiz olup medeni haklarını kullanabilir, her türlü hukuki muamele ve iş sözleşmesi yapabilir. Ayırt etme gücüne sahip ergin olmayan kişinin yapacağı iş sözleşmesi ise veli veya vasinin iznine bağlıdır³⁹³.

Türk Medeni Kanunu'nda çalışan çocuklara ilişkin önemli bir düzenleme bulunmaktadır. Madde 453 uyarınca «Vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi

³⁹⁰ Bu hükme göre 'Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır.': **Şakar, Müjdat**, İş Kanunu Yorumu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010, s. 157.

³⁹¹ **Bakırcı**, s. 161.

³⁹² **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, s. 117.

³⁹³ Karş. **Bakırcı**, s. 156-157. Diğer taraftan İş Hukuku öğretilerinde kanun koyucunun çocukların hak ehliyetini de sınırladığı, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün doğal sonucu olan emeğini dilediği şekilde başkasının hizmetine sunma hakkından küçükleri yoksun bıraktığını kabul eden görüşler de vardır: **Mollamahmutoğlu, Hamdi**, İş Hukuku, Ankara 2008, s. 374. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, hak ehliyetinin sınırlandığı haller içinde çalışan küçüklerin durumunu saymamıştır. Bununla beraber, yazarlar sadece MK kapsamındaki sınırlı halleri belirtmekle yetinmiştir.

bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur»³⁹⁴. Burada çocuğun fiil ehliyetinin genişlemesi söz konusudur. Bunun dışında kural, küçük açısından fiil ehliyetinin sınırlandırılmasıdır³⁹⁵.

Çocukların çalışma hayatında yer almasına ilişkin emredici kuralların önemli bir kısmı, ilgili kanunlarda asgari çalışma yaşının belirlenmesi suretiyle düzenlenmiştir. Diğer taraftan küçüklerin iş sözleşmesinin diğer tarafında, yani ilişkinin işvereni olmasına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Bu durum, TMK md. 449 kapsamındaki yasak işlemler arasında sayılmadığı için küçük soyut işveren olabilecek, yasal temsilci tarafından temsil edilebilecektir.

A. İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

1. Düzenlemelerin Kapsamı

4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulanmadığı alanlar Kanunun 4. maddesinde istisnalar başlığı altında sayılmıştır. Şu kadar ki; maddenin ikinci fıkrasında işler bu Kanun hükümlerine tabi tutulmuştur. Görüldüğü gibi istisnalar başlığının da istisnaları mevcuttur. İstisnanın istisnası olan bu işlerde de İş Kanunu uygulanacaktır³⁹⁶.

İstisna hükümlerine göre özel düzenlemelere bağlı olarak çalışanlar da kapsam dışında tutulmuşlardır. Buna göre başka mevzuatla düzenlenen çalışmalar 4857 sayılı Kanun'a tabi olmayacaktır.

4857 sayılı Kanuna göre, 15 yaşını tamamlamış olmakla beraber 18 yaşından küçük işçilerin genç işçi, 14 yaşını tamamlamakla beraber 15 yaşını

³⁹⁴ Bak. Birinci Bölüm, s. 63 vd.

³⁹⁵ Daha önce belirtildiği gibi **Mollamahmutoglu**, s. 296'da hak ehliyetinin sınırlandığını savunmaktadır.

³⁹⁶ **Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen**, s. 63; **Çenberci**, s. 223 vd; **Çelik**, s. 39; **Mollamahmutoglu**, s. 184 vd.; **Süzek**, s. 202.

tamamlamamış işçilerin ise çocuk işçi sayılmaktadır (Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik md. 4). Bu ayırım yukarıda belirtilen kapsam maddesi ışığında 4857 sayılı Kanun kapsamındaki işler için geçerli olacaktır. Bununla beraber asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeler 4857 sayılı Kanun'un kendi içinde de çalışma türlerine göre farklılık göstermektedir.

2. Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Farklı Düzenlemeler

Asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeler yeknesak değildir. 4857 sayılı Kanun'un 71. maddesine göre çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler ve hafif işlere ve bu işlerin çalışma koşullarına ilişki düzenlemeler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmiştir.

Kanun'un ifadesinden asgari çalışma yaşına ilişkin ayırımın çalışma türleri bakımından daha da önem kazandığı anlaşılmaktadır. Buna göre çocukların çalışmasının belirlenen yaş sınırı içinde olması kadar, belirlenen işlerle sınırlı olması da önemlidir. Asgari çalışma yaşı düzenlemeleri yapılan işin niteliğine göre de farklılık gösterecektir.

4857 sayılı Kanun'un 71. maddesinin verdiği yetkiyle, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik düzenlenmiş, bu Yönetmelikte de 14 yaşını tamamlamış ve ilköğretimi bitirmiş çocuk işçilerin çalıştırılabileceği işler özel olarak belirlenmiştir. Yönetmelik 4. maddede hafif işi 'yapısı ve niteliği itibariyle ve yerine getirilmesi sırasındaki özel koşullara göre; çocukların gelişmelerine veya sağlık ve güvenliklerine zararlı etki ihtimali olmayan, okula devamını, mesleki eğitimini veya yetkili merciler tarafından onaylanmış eğitim programına katılımını ve bu tür faaliyetlerden yararlanmasını engellemeyen işler' olarak tanımlamıştır. Buna göre 14 yaşını doldurmuş çocukların çalışabilecekleri hafif işlere meyve, sebze toplama işleri, büro

hizmetlerine yardımcı işler, komilik, elle paketleme işleri örnek verilebilir (Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik, Ek-1).

Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik, 15 yaşını tamamlamış genç işçilerin çalıştırabilecekleri işleri de ayrı bir liste halinde belirlemiştir (Ek-2). Bununla beraber Yönetmelik'te belirtilen işler tüketici değildir. Listede belirtilen işlere yardımcı ve benzer işlerde de çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmaları mümkündür³⁹⁷.

Bu hükümler emredici olup, iş sözleşmesi kurulurken bu hükümlere aykırılık söz konusu olması halinde sözleşme ileriye etkili olarak kesin hükümsüz sayılır. Diğer taraftan çalışmada asgari yaş düzenlemesi ile çalıştırma yasakları iç içedir³⁹⁸. Kanunların kişi kapsamı dahilinde incelenen asgari çalışma yaşı, her Kanun özelinde belirlenen yasaklı çalışma türleri bakımından tekrar değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Böylece ağır işlerde veya gece işlerinde çalışmaya yönelik yasaklar çalışma türlerine ilişkin yasaklar olduğu kadar aynı zamanda asgari çalışma yaşını da ilgilendiren yasaklar halini almaktadır. Bu gibi çalışma türlerine ilişkin yasaklar aşağıda daha detaylı incelenecektir³⁹⁹.

Nihayetinde 4857 sayılı Kanun'da belirtilen asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeler ile zorunlu eğitimi tamamlama yaşı da birbirine paraleldir⁴⁰⁰. Yine Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik madde 5/2 ile okula devam edenlerin eğitimlerine engel olmayacak işlerde çalıştırılmaları gerektiğini düzenlemiştir.

Diğer taraftan 3308 sayılı Kanun'un uygulandığı işyerleri ile 4857 sayılı Kanun'un uygulandığı işyerleri de çakışabilir. 4702 sayılı Kanun ile 3308 sayılı ÇMEK'nda yapılan değişiklikler ile Kanun kapsamındaki işyerlerinde iş

³⁹⁷ Bakırcı, s. 228.

³⁹⁸ Centel, Asgari Çalıştırma Yaşı, s. 293.

³⁹⁹ Bak. İleride s. 105 vd.

⁴⁰⁰ Bakırcı, s. 257.

sözleşmesi ile çalışma yaşının asgari on dokuz yaşına yükselip yükselmediğine ilişkin tartışmalar da sona ermiştir. Bu halde 3308 sayılı Kanun'a tabi işyerlerinde çırak olarak ancak on dokuz yaşından küçükler istihdam edilebilir. Mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarının örgün eğitim programlarından mezun olanlar ve kalfalık belgesi sahipleri bu hükmün dışında tutulmuştur. Böylece kapsam dahilindeki işyerlerinde iş sözleşmesi ile işçi çalıştırmaya ilişkin sınır ortadan kalkmıştır (3308 sayılı MEK md. 13/1)⁴⁰¹.

B. İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

1. Deniz İş Kanunu Kapsamında

Gemiadamı, mevzuat uyarınca işçi anlamında kullanılmaktadır. Bununla birlikte gemide staj yapan öğrenciler gemiadamı sayılmayacaktır⁴⁰². Öğrenciler gibi stajyerler de bu kapsamda değildir⁴⁰³. Bir hizmet akdi ile çalışmakta olan gemiadamlarının çalışmasını düzenleyen 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve Gemiadamları Yönetmeliği küçüklerin çalışmasına ilişkin özel düzenleme içermemektedir. Asgari çalışma yaşı veya çalıştırılma yasakları açıkça belirtilmemekle beraber 854 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 12. fıkrası ' Tirimciler ve ateşçiler ile yapılacak hizmet akitlerinde 25/05/1959 gün ve 7292 sayılı Kanunla onanan sözleşmenin özetinin iş sözleşmesinde yer alması gerektiğini düzenlemiştir. İlgili sözleşme 15 sayılı ILO Sözleşmesi olup Sözleşmenin 2. madde hükmüne göre, trimci ve ateşçiler için asgari çalışma yaşının 18 olması öngörülmektedir⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Uşan, Son Değişiklikler, s. 27 vd.; bak. Birinci Bölüm, s. 74 vd.

⁴⁰² Özbek, Oğuz, Yorumları ve Yargı Kararları ile Deniz İş Kanunu, İstanbul 2003, s. 20.

⁴⁰³ Özbek, s. 33.

⁴⁰⁴ Diğer taraftan bu sözleşmenin 138 sayılı Sözleşme ile çakışan hükümleri yürürlükte değildir. Bunlar birlikte söz konusu düzenlemenin 138 sayılı Sözleşmenin md. 3 hükmü ile paralel olduğu belirtilmektedir. Bak. Bakırcı, s. 230. Çakışan hükme örnek olarak ise 58 sayılı Sözleşmenin madde 1 hükmü gösterilebilir: 'Münhasıran aynı aile efradının çalıştığı gemiler hariç, diğer gemilerdeki işlerde onbeş yaşından aşağı çocuklar çalıştırılmaz.' 138 sayılı Sözleşme 58 sayılı Sözleşmeyi de revize etmiş, çakışan hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. Dolayısıyla aile efradının çalıştığı gemi ile bunun dışındaki gemi ayırımı ortadan kalkmış, 138 sayılı Sözleşmenin öngördüğü genel asgari çalışma yaşı kabul edilmiştir.

Bunun yanında Gemiadamları Yönetmeliği⁴⁰⁵ gemiadamlarının, gemiadamı cüzdanı ve/veya yeterlik belgesi alabilmeleri için gerekli yaş, eğitim-öğretim ve deniz hizmet süresine dair şartları düzenlemiştir. Söz konusu Gemiadamları Yönetmeliği, 30 Aralık 2008'de 27096 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yönetmelik ile değiştirilmiştir. Gemiadamları Yönetmeliğini değiştiren Yönetmeliğin 2. maddesine göre miçoluk ve silicilik kademeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Buna paralel olarak Yönetmeliğin miçoluk şartlarını düzenleyen 8. madde/1 hükmü ile silicilik şartlarını düzenleyen 9. madde/1 hükmü de değiştirilmiş, miçoluk için öngörülen 16 yaş şartı da kaldırılmıştır.

Buna göre gemici olabilmek için, "gemici eğitimini" görmüş olmak ve en az ilköğretim okulu mezunu olup "Gemici Sınavı"ni başarmak şartını sağlayanlar "Gemici" yeterliğini almaya hak kazanırlar.' Usta gemici olmak için ise 18 yaşını tamamlamak gerekir.

Buna paralel olarak makine sınıfı tayfalar için aranan şartlarda da değişikliğe gidilmiş ve silicilik kademesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir. Buna göre yağcı olmak için müracaat edenlerden; "yağcı eğitimini" görmek, en az ilköğretim okulu mezunu olup, idarenin öngördüğü "yağcı sınavı"nda başarılı olanlar "Yağcı" yeterliğini almaya hak kazanırlar (Gemiadamları Yönetmeliği md. 9).

Dolayısıyla yardımcı hizmetli sınıfındaki kamarot ve aşçılık için sadece ilköğretimi bitirme şartı arandığını, bunun dışında gemici ve yağcı olabilmek için diğer şartları da sağlamanın gerekli olacağını söylemek mümkündür. Usta gemici olmak için ise 18 yaş şartı aranmaktadır.

2. Basın İş Kanunu Kapsamında

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel düzenleme bulunmayan konularda genel düzenleme olan Borçlar

⁴⁰⁵ RG: 31.7.2002, No: 24832.

Kanunu uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler ve düzenleme bulunmayan hallerde uygulanacak hükümler aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

3. Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda asgari çalışma yaşına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu da asgari çalışma yaşına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle bu konulara ilişkin konularda Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uygulanacağı kabul edilir ki⁴⁰⁶ bu Kanun 1930'lardan beri yürürlükte olup asgari çalışma yaşını 12'ye kadar indirmiştir (UHK. md. 173/1).

Uluslararası düzenlemelere bakıldığında ise 138 sayılı ILO Sözleşmesi asgari çalışma yaşını düzenlerken herhangi bir sektör ayırımı yapmadığı görülmektedir⁴⁰⁷. Bu nedenle ulusal düzenlemelerin Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerle açıkça çakıştığı ileri sürülmüştür⁴⁰⁸. Kanımızca da sektörleri belirleme konusunda devletlere takdir alanı bırakılmışsa da, dışarıda bırakılan sektörlerde çalışan çocukların sayısı, çalışma koşulları gibi etmenler göz önüne alınarak söz konusu takdir alanı makul tutulmalıdır.

Bununla beraber asgari çalıştırma yaşı ile zorunlu eğitimi bitirme yaşı arasında da bağ kurulması gerektiği hem 138 sayılı ILO Sözleşmesinde hem de BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde ifade edilmektedir. Türk Hukukunda yukarıda belirtildiği gibi 4857 sayılı Kanun kapsamında bu gereklilik sağlanmışsa da⁴⁰⁹ İş Kanunu kapsamı dışında olup özel olarak düzenlenmemiş işlerde konu tartışmalıdır.

⁴⁰⁶ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili maddesi sanayi ve maden işlerine ilişkin belli işleri düzenlese de doktrinde bu düzenleme mutlak bir çalıştırma yasağı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun'un uygulanmadığı ve özel düzenlemelere de tabi olmayan işlerde uygulanacağı kabul edilir: **Bakırcı**, s. 229; **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 137.

⁴⁰⁷ **Bakırcı**, s. 216; **Centel**, Asgari Çalışma Yaşı, s. 294.

⁴⁰⁸ **Bakırcı**, s. 85; **Şahin**, 167.

⁴⁰⁹ **Bakırcı**, s. 257.

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 59. madde düzenlemesine göre 'İlköğretim çağında olup da mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenler, hiçbir resmi ve özel iş yerinde veya her ne surette olursa olsun çalışmayı gerektiren başka yerlerde ücretli veya ücretsiz çalıştırılmazlar. İlköğretim kurumlarına devam ettiklerini belgeleyenler ise, çocukların çalıştırılmasını düzenleyen kanun hükümleri uygulanmak şartıyla ancak ders zamanları dışında bu gibi yerlerde çalıştırılabilirler'. 1961 tarihli 222 sayılı bu Kanun uyarınca, mecburi ilköğretim çağı, 6 - 14 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 14 yaşını bitirip 15 yaşına girdiği yılın, öğretim yılı sonunda biter.

222 sayılı Kanun sonraki kanun düzenlemesi olarak değerlendirilmeli ve UHK'nda belirtilen yaş sınırının ilköğretim çağında olup okula gitmeyen tüm çocuklar açısından uygulama alanı bulmaması gerektiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla 4857 sayılı Kanun'a tabi olmayan işlerde de çocuğun çalışabilmesi için ya 14 yaşını bitirmesi gerektiği ya da 12 yaşında olmakla beraber okula devam etmesi gerektiği kabul edilmiştir⁴¹⁰.

Bu nedenle ilköğretim çağında olup da okula gitmeyen çocuklar açısından çalışma yasağı ilköğretim çağının sona ermesine kadar devam etmektedir (222 sayılı İEK md. 59). İlköğretime devam edenlerin ise durumu belgelemeleri halinde kanun hükümlerine uygun olarak çalışmalarını mümkündür ki UHK'nun ancak bu halde uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir⁴¹¹. Elbette tüm bu değerlendirme 4857 sayılı Kanun kapsamında olmayıp özel olarak da düzenlenmemiş işler için geçerlidir.

⁴¹⁰ **Baştürk**, s. 252.

⁴¹¹ **Bakırcı**'ya göre, bu çalışmanın da uluslararası belgelerdeki düzenlemelere uygun olarak öğrenim hakkını engellemeyecek işler olması gerekir. Bak. Aynı yazar, s. 259.

Çıraklar açısından da MEK kapsamı dışındaki çıraklara ilişkin olarak BK hizmet akdi hükümleri kıyasen uygulanacak olup gerek bunlar, gerekse MEK kapsamındaki çıraklara ilişkin hükümler yukarıda incelenmiştir⁴¹².

C. Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Düzenlemelerin İş Sözleşmesine Etkisi

Arz-talep dengesinin çok bozuk olduğu çalışma yaşamında bireysel sözleşmeler yetersiz kaldığı için çeşitli önlemlerin alınması gereksinimi doğmuş, bu da işçi yararına ölçülü bir sınırlandırmayı zorunlu kılmıştır⁴¹³. Anayasada da açıkça belirtilen işçinin korunması amacının İş Hukuku alanında gerçekleşmesi için bir yandan yasal düzenlemeler yapılmakta, diğer taraftan mevzuatın açık olmayan hükümlerinin yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasında bu amaç göz önünde tutulmaktadır⁴¹⁴. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 9.4.1968 tarihli kararı da Anayasadaki sosyal hükümlerden hareketle «işçi yararına yorum» ilkesini ortaya koymaktadır⁴¹⁵.

İşçinin korunmasına yönelik bu amaç iki temel hukuksal yöntemin oluşmasına neden olmuştur: emredici karakterde asgari koruma sağlayan düzenlemeler yapmak ve hukuksal olarak tereddüde düşülen durumlarda kamu düzeni elverdiği ölçüde işçi lehine yorumda bulunmak⁴¹⁶. Öğretiye göre yorumu gerektirmeyecek kadar açık bir kuralın işçi lehine yorum metodu ile kuralın lafzına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, yargıcın ‘contra legem’ yorum yapması yasağına aykırılık teşkil eder⁴¹⁷. Dolayısıyla işçinin korunması ilkesi İş

⁴¹² Bak. Birinci Bölüm, s. 74 vd.

⁴¹³ **Ulucan, Devrim**, Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi (Tuncay’a Armağan), s. 208.

⁴¹⁴ **Çelik**, s. 20.

⁴¹⁵ Yarg. 9. HD., T. 9.4.1968, E. 157, K. 4628: **Tanör /Yüzbaşıoğlu**, s. 110.

⁴¹⁶ **Süzek**, Yorum, s. 233, **Süzek**, s. 21 vd; **Mollamahmutoğlu**, s. 11.

⁴¹⁷ İşçi lehine yorum ilkesinin her yorum uyumsuzluğuna düşülen halde işçinin çıkarına uygun çözüm belirlenecek şekilde mutlak bir uygulaması olmadığı ileri sürülmektedir. En yakın amaç işçinin korunması, genel amaç olan kamu çıkarı ile bağdaştığı ölçüde uygulanır kısaca kamu çıkarını işçinin çıkarına yeğleyen bir mutlak kamu düzeni kuralı söz konusu olduğu, daima amaçsal yorumun öncelikli olduğu kabul edilmektedir. Bak. **Mollamahmutoğlu**, aynı yer. Süzek’e göre de yorumcu yasayı kenara iterek onun yerine kendi subjektif çözümünü ikame etmemelidir. Bak. **Süzek**, Yorum, s. 233.

Hukukunun temel ilkelerinden olmakla beraber bu ilkenin devreye girmesi için bir yorum boşluğu doğması gerekmektedir⁴¹⁸.

Bu halde boşluk nedir sorusunun cevaplanması gerekecektir. Kanun hükümlerinin uygulanması sonucunda olaya uygulanabilir bir hüküm bulunamazsa bu konuda bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilir⁴¹⁹. Boşluk kavramı gerekli kanuni düzenlemelerin yapılmamış olması olarak, daha açıkça plana aykırı eksiklik olarak tanımlanmaktadır⁴²⁰. Kanun metinlerindeki hakimın takdir yetkisine açık olarak izin verilen hallerde kural içi boşlukların varlığı kabul edilir.

Diğer taraftan kuralın içeriğinin yeterli görülmemesi de söz konusu olabilecektir. Bu halde örtülü ya da doktrindeki genel kabul uyarınca gerçek olmayan bir boşluktan söz edilmektedir⁴²¹. Kanun, konuya çözüme ulaştırmış olmakla beraber cevabın somut olayda tatmin edici olmaması veya açıkça haksız sonuçları olması halinde de yorumun çocuğun yararı ve işçinin korunması ilkeleri üstün tutularak karar verilmesi gerekmektedir. Yorum yoluyla lafzın adalete aykırı sonuçları

⁴¹⁸ **Süzek**, İş Hukuku, s. 21 vd.; **Çelik**, s. 20.

⁴¹⁹ **Oğuzman, M.K./Barlas, N.**, Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, İstanbul 2004, s. 68.

⁴²⁰ **Kırca, Çiğdem**, Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHFD, Ankara 2001, s. 92. Dolayısıyla aynı yazar hukuk politikasına ilişkin taleplerin doldurulması gereken bir boşluk olmadığını kabul etmekte ve bunların doldurulmasının kanun koyucunun yetkisinde olduğunu ifade etmektedir. Her hüküm bulunmayan hal kanun boşluğu değildir. Bak. **Kırca**, s. 93; **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 88.

⁴²¹ **Kırca**, s. 95. **Oğuzman/Barlas**, s.93 vd'nda gerçek olmayan boşluğun örtülü boşluğu da kapsamakla beraber daha geniş bir kavram olduğunu kabul etmektedir.

sınırlandırılmalıdır⁴²². Amaca uygun sınırlamanın örtülü boşlukların doldurulmasında uygulanması genel olarak doktrinde kabul görmektedir⁴²³.

Çocuk emeği ile ilgili yorum ihtiyacı kanun metinlerindeki hakimın takdir yetkisine atıfta bulunan hallerden (kural içi boşluklardan) doğabileceği gibi, teknik boşluklardan da doğabilir. Teknik boşluk Kanunun devlete görev yüklediği ancak bunun için gerekli organ ve usul belirlemediği hallerde söz konusu olacaktır⁴²⁴. Diğer taraftan yorum konusu örtülü boşlukların doldurulmasında da söz konusu olabilecektir. Örtülü boşluğun doldurulmasına tipik örnek olarak temyiz gücü olmayanların hukuki işlemlerinin Medeni Kanun md. 15 gereği geçersiz sayılması ancak hükmün ileriye etkili sonuç doğurması gösterilmektedir.

İki taraflı hukuki işlem olan bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların o sözleşmeyi yapmaya ehil olmaları gerekir. İrade beyanında bulunan kişi açısından temel şart ayırt etme gücüne sahip olmaktır⁴²⁵. Ortak sözleşme iradesi sözleşmenin bir tarafının çocuk olması durumunda çocuk ayırt etme gücüne sahip olmadığı için sarsılacaktır, zira TMK md. 15 hükmü gereği ayırt etme gücü olmayanların hukuki işlemleri geçersizdir. TMK md. 15/1'e göre küçüklerin yaptığı işlemler kesin hükümsüz sayılmış, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı tutulmuştur. Ancak kanunlarda bu istisnalar arasında geçersiz olan iş sözleşmesinden dolayı ayırt etme gücü olmayan kişinin ücret ve sair işçilik alacaklarının saklı kalacağı sayılmamıştır.

⁴²² **Kırca**, s. 99; **Süzek**, İş Hukuku, s.23 vd. Diğer taraftan örtülü boşlukların amaca uygun sınırlama ile doldurulmasının kabul edilmesi buralarda gerçek bir boşluğun bulunduğu da kabulünü gerektirdiği ifade edilmektedir. Zira kanun koyucunun düzenlemenin uygulama alanlarındaki istisnai nitelikleri öngörememiş olduğu farz edilir. Açık boşlukta dar tutulan normun lafzi, bu durumlarda geniş tutulmuş sayılır. Normun istisnai hallere uygulanması (normun) ratio legis nedeniyle reddedilmektedir. Ancak bu yorum tekniği contra legem yorum yasağını delebileceği için açıkça hakkın kötüye kullanıldığı hallerle sınırlı kabul edilmişse de bu görüşü savunanlarca, kanunun lafzına aykırılık (contra verba) ile kanuna aykırılığın farklı değerlendirilmesi gerektiği amaca uygun sınırlama halinde preater legem (kanun yanında) boşluk doldurma söz konusu olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bak. **Kırca**, s. 100. Oğuzman/Barlas da tatmin edici olmayan hükmün hakkın kötüye kullanılmasına sebep olduğu hallerde hakimın örtülü boşluğu doldurabileceğini savunmaktadır Bak. **Oğuzman/Barlas**, s. 94.

⁴²³ **Kırca**, s. 91.

⁴²⁴ **Kırca**, s. 94.

⁴²⁵ **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 70.

Kanunun bu işlemleri geçersiz kılmasının amacı temyiz gücü olmayanı korumaktır ancak istisnalar arasında sayılmamış haller koruma kapsamındaki ayırt etme gücü olmayan küçükler aleyhine sonuç doğurmaktadır. Bu halde lafzın geniş tutulduğu kabul edilip amaca uygun sınırlama yoluyla gerekli istisna hakim tarafından tesis edilmiş ve örtülü boşluk doldurulmuştur⁴²⁶. Böylece sözleşme ileriye etkili olarak geçersiz kabul edilmiş ve geçersizlik anından önceki hakların kaybolmaması sağlanmıştır. Yasaklanmış işlerde çalıştırılan küçüklerin de temel amaca uygun olarak sözleşmenin hükümsüzlüğüne kadar işçi hak ve yeteneklerinden yararlandırılması gerekeceği hukukumuzda yargı prensibi olarak da benimsenmiş ve konuya ilişkin olarak 1958 tarihinde İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir⁴²⁷.

Yeni Türk Borçlar Kanunu ise konuyu özel olarak düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe gireceği 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla ayırt etme gücü bulunmayanların yaptığı iş sözleşmelerinin geçersizliğinin ileriye etkili olacağına ilişkin kural yasal bir dayanağa kavuşacaktır (md. 394/3). Buna göre sözleşme ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur⁴²⁸.

III. İşverenin Niteliğine Yönelik Sınırlamalar

İşverenin niteliğine yönelik bu sınırlamalar kanunlarda yer almamakta, bu sınırlama doğrudan Çocukların ve Gençlerin Çalıştırılması Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik (Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik) ile yaratılmaktadır. Kanundan kaynaklanmayan bir yasak olarak işveren veya işveren

⁴²⁶ Kırca, s. 103.

⁴²⁷ Mollamahmutoğlu, s.297. Süzek, 2008: 287; Çelik, 2009:128, Tunçomağ ve Centel, 2008:89-90; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 2007:115; Mollamahmutoğlu, 2008:431. Bak. İçtihadı Birleştirme Kararı RG: 30.09.1958, No:10020.

⁴²⁸ Öz, s. 69.

vekilinin niteliğine bağılı olarak kimi işverenlere çocuk ve genç işçi çalıştırma yasağı düzenlenmiştir.

Buna göre Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'in 11. maddesi çocuk ve genç işçi çalıştırmayacak işverenleri de tanımlamıştır. Madde 11 hükmüne göre 'Çocuk ve genç işçileri; a) Çocuklara karşı işlenmiş suçlardan hüküm giyen, b) Yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymiş olan işveren veya işveren vekilleri çalıştıramazlar.'

Böylece sözleşme serbestisine bir sınır getirilmiş, esasen bu kuralla işverenlerin de sözleşme serbestisi sınırlandırılmıştır. Konunun çalışma hakkı ve sözleşme serbestisi ile bağlantısı düşünüldüğünde kanımızca bu yasağın yönetmelik ile düzenlenmesi yerinde değildir. Zira Yönetmelik ile Kanun'da öngörülmeleyen bir yasak getirilmiştir. Düzenlemenin içeriği yerinde olmakla birlikte konunun Kanun tarafından düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Diğer taraftan bu yasağın sadece 4857 sayılı Kanun açısından geçerli olacağı açıktır.

§ 5. İş Sözleşmesinin Uygulanması ve Çocuk İşçi

İş sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşme ilişkisi içinde çocukların korunması tabii oldukları kanuna göre farklılık gösterecektir. Çalışan çocukların korunması kanunlara göre sınıflandırılarak alt başlıklar halinde incelenecektir.

I. Çalıştırma Türleri Bakımından Çocukların Korunması

A. İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

1. Gece Çalıştırılma Yasağı

4857 sayılı İş Kanununun 73. maddesine göre, sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. Bu düzenlemenin kapsamını belirlemek için önce gece döneminden ne anlaşılması

gerektiği açıklanmalıdır. İş Kanunu madde 69/2 uyarınca gece en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir⁴²⁹. Doktrinde çocuk ve genç işçiler açısından gece, her halde en fazla on bir saat süren dönemdir ifadesinin en fazla değil en az olarak anlaşılması gerektiği savunulmuştur⁴³⁰. Ayrıca Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'in 6. maddesinde 4857 sayılı Kanun'un 69. maddesinden farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, çocuk ve genç işçilerin günlük çalışma süreleri, yirmidört saatlik zaman diliminde, kesintisiz ondört saat dinlenme süresi dikkate alınarak uygulanır⁴³¹. Buna göre gece 4857 sayılı Kanundan farklı olarak 14 saat olarak belirlenebilir. Bununla beraber saat 20.00'den sonraki bir saatin gece döneminin başlangıcı sayılmasına imkan olmadığı da öğretide kabul edilmiştir⁴³².

4857 sayılı Kanun hükmünün bu yasaklayıcı hükmü, sadece sanayiye ait işlerde geçerli olup Kanun kapsamındaki diğer işlerde bu yasağın hüküm ifade etmeyeceği düşünülebilir⁴³³. Ancak Kanun'un 71. maddesine dayanılarak çıkarılan Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'te çocukların çalıştırılmayacağı işler listesinde (Ek-3) 4857 sayılı İş Kanununun 69uncu maddesinde belirtilen 'gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işler' de sayılmıştır. Çıkarılan bu Yönetmelik hükmü ile yasağın kapsamının genişletildiği ancak bu noktada kanun yönetmelik çatışması söz konusu olduğu ileri sürülmektedir⁴³⁴. Kanımızca yönetmeliğin yasağı genişletmek suretiyle Kanun ile çakıştığını, Kanunda olmayan bir yasak getirdiğini ileri sürmek mümkün değildir. Yönetmelik çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacağı işleri belirlemek üzere kaleme alınmış, gece

⁴²⁹ Bunun yanında, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 7/2 uyarınca çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan postalar zaten gece çalışması sayılacaktır.

⁴³⁰ **Bakırcı**, s. 307. Ayrıca 1475 sayılı Kanunun md. 65 düzenlemesindeki benzer ifade de zamanında aynı şekilde yorumlanmıştır: Bak. **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 169 vd.

⁴³¹ **Akyüz**, s. 351.

⁴³² **Bakırcı**, s. 307; **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 170.

⁴³³ Karş. **Bakırcı**, s.307. Bununla beraber yazar, sayfa 308'de İş Kanunu açısından mutlak bir yasak söz konusu olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bak. **Tunçomağ/Centel**, s. 178; **Şahin**, s. 154.

⁴³⁴ **Şahin**, s. 135.

çalışmasını da bu kapsama almıştır. Dolayısıyla İş Kanunu kapsamındaki tüm işlerde bu yasağın uygulanması gerekmektedir⁴³⁵.

Diğer taraftan Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliği de niteliği icabı postalar halinde çalışılan işlerle ilgili olarak konuyu düzenlemiş ve çocuk ve genç işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarını yasaklamıştır (md. 5)⁴³⁶.

2. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılma Yasağı

İş Kanununun 71. maddesine dayanılarak çıkarılan Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'te, 15 yaşını tamamlamış olsalar bile genç işçilerin çalıştırılmayacağı yasaklı alanlar da gösterilmiştir (Ek-3). Ayrıca İş Kanununun 85inci maddesinde de on altı yaşını doldurmamış genç işçilerin ve çocukların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddeye dayanılarak çıkarılan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği⁴³⁷de hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağına, kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceklerine ilişkin hükümleri belirlemektedir⁴³⁸.

Ayrıca 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun 85. maddesinde değişiklik yapılarak bu işlerde çalışacak kişilerin mesleki eğitim alma zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre on altı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ile mesleki eğitim almamış kişiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Kanunun yürürlük hükümleri gereğince bu düzenleme 1.1.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla 16 yaşını doldursalar dahi genç işçilerin konuyla ilgili mesleki eğitim almış olmaları şartı aranmaktadır.

⁴³⁵ Karş. **Bakırcı**, s.308.

⁴³⁶ Ayrıntılı bilgi için bak. **Bakırcı**, s. 308.

⁴³⁷ RG: 16.6.2004, No: 25494.

⁴³⁸ **Bakırcı**, s. 246; **Akyüz**, s. 345.

Diğer taraftan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin md. 4/1 hükmü zaten ikili bir ayırıma yer vermiş bulunmaktaydı. Buna göre 16 yaşını doldurmamış genç işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağı, 16 yaşını doldurabilenlerin ise ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirmiş olup bu konudaki işi meslek edinmiş olmaları halinde, sağlığı, güvenliği ve ahlâkının tam olarak güvenceye alınması şartıyla ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği düzenlenmiştir. Ek-1'deki çizelge (Gİ) olarak belirtilen işlerde söz konusu genç işçiler, Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik de göz önüne alınarak çalıştırılabilirler (md. 4/son). Zira Çocuk İşçi Çalıştırma Yönetmeliği Ek-3'teki cetvelin bütün ağır ve tehlikeli işleri kapsayıcı olduğu savunulmaktadır⁴³⁹.

Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğindeki çizelgede yer almayan herhangi bir işin ağır ve tehlikeli işlerden sayılıp sayılmayacağı konusunda karar vermeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yetkilidir (ATİŞ Yönt. md. 10). Dolayısıyla bu listedeki işler de tüketici olarak sayılmamıştır⁴⁴⁰.

Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik Ek-3'te, 3 sıra numarasına göre Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nde belirlenen işlerde de çocuk ve genç işçi çalıştırılmayacağı tekrarlanmaktadır. Buna göre, tüketici olmamakla beraber, gece çalışmalarında, sağlık koşulları gereği günde 7,5 saatten az çalışılması gereken işlerde, alkol veya bağımlılığa yol açan maddelerin üretiminde, parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin imali, işlenmesi ve depolanması ile ilgili işlerde genç işçilerin çalışmaları yasaklanmıştır.

⁴³⁹ Bak. **Bakırcı**, s. 247 vd.

⁴⁴⁰ **Bakırcı**, 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihadı da beraber değerlendirerek çizelgedeki işlerin örnek niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Buna göre listede belirlenen işler tüketici değildir. Bak. Aynı yazar, s. 250.

3. Yeraltı ve Sualtı İşlerinde Çalıştırılma Yasağı

4857 sayılı Kanun'un 72. maddesine göre de yeraltı ve sualtı çalışmalarında çocuk ve genç işçilerin çalışması yasaklanmıştır ki bu işler de Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik Ek-3'te 2 sıra numarası ile tekrarlanmaktadır. Madde metnindeki 'maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işler' ifadesinden bu işlerin tüketici olarak sayılmadığı, her türlü yer ve sualtı işlerinin çocuk ve genç işçilere yasaklandığı savunulmaktadır⁴⁴¹. Bu düzenleme 123 sayılı ILO Sözleşmesine de uygundur⁴⁴².

B. İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

1. Deniz İş Kanunu Kapsamında

Ağır ve tehlikeli işlerde çalışma yasağına ilişkin Deniz İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. 854 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 12. fıkrası 'Tirimciler ve ateşçiler ile yapılacak hizmet akitlerinde 25/05/1959 gün ve 7292 sayılı Kanunla onanan sözleşmenin özetinin iş sözleşmesinde yer alması gerektiği'ni düzenlemiştir. Yukarıda belirtildiği gibi buradan 18 yaşın altındaki küçüklerin Türk Hukuku açısından da ateşçi ve trimci olarak çalıştırılmayacakları sonucu çıkarılmaktadır. Bununla birlikte açık bir düzenleme mevcut değildir⁴⁴³.

Gece çalıştırma yasağına ilişkin olarak ise 854 sayılı Kanun deniz işinin özelliği gereği böyle bir düzenleme içermemektedir. Bununla birlikte 180 sayılı ILO

⁴⁴¹ Bakırcı, s. 243; Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 149 vd.

⁴⁴² Baştürk, s. 249. Hatta yazar, düzenlemenin Sözleşmenin üzerinde olduğunu belirtmektedir Zira Sözleşme'de belirtilen yaş sınırı 16'dır (md. 1/f. 3). Ancak kanımızca 138 sayılı Sözleşme ile 123 sayılı Sözleşmenin revize edildiği göz önünde tutulmalıdır. İki sözleşme beraber düşünüldüğünde yaş sınırının 18 olması ILO düzenlemeleri açısından uygun ve gereklidir.

⁴⁴³ Bakırcı, s. 229 vd.

Sözleşmesi 18 yaş altındaki gemiadamlarının gece çalışmasını yasaklamıştır⁴⁴⁴. Ancak yine mevzuatımız açısından açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

2. Basın İş Kanunu Kapsamında

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel düzenleme bulunmayan konularda genel düzenleme olan Borçlar Kanunu uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler ve düzenleme bulunmayan hallerde uygulanacak hükümler aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

3. Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında

Borçlar Kanunu çocukların sağlığına, güvenliğine ve gelişimine zararlı işlere ilişkin asgari çalışma yaşını düzenlememiştir. Bu nedenle UHK hükümlerine bakmak gerekecektir. UHK madde 179/son hükmü ile 'Kadınlarla 12'den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir.' denilmek suretiyle 4857 sayılı İş Kanunu'na yollama yapmıştır. Bu amaçla çıkarılan düzenlemeler Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik ile Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'dir. Bu nedenle ağır ve tehlikeli işler ile gece çalıştırılmasına ilişkin bu yönetmeliklerdeki düzenlemelerin UHK kapsamında çalışan çocukları da kapsamına aldığı ileri sürülmektedir⁴⁴⁵. Diğer taraftan UHK hükümleri 12 ila 16 yaş aralığındaki çocuklar için İş Kanunu'na gönderme yapılmış, UHK kapsamında çalışmakla beraber 16-18 yaş aralığındaki çocuklar koruma dışında bırakılmıştır. Bununla beraber yollama yapılan Kanun hükümleri gereğince çıkarılan Yönetmelik hükümlerinin 16-18 yaş aralığındaki çocuklara da uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ **Tuncay**, Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri, s. 118.

⁴⁴⁵ **Bakırcı**, s. 253 vd; **Akyüz**, s. 346.

⁴⁴⁶ **Bakırcı**, s. 253 vd.

Gece çalışması açısındansa UHK uygulama alanı bulacaktır. Buna göre on iki on altı yaş arasındaki çocukların gece çalışması yasaktır (md. 174). Bu halde kısmen de olsa çalışmanın geceye rastlamaması gerekmektedir⁴⁴⁷. Gece döneminin başlangıcı saat 20.00 olarak belirlenmişse de bitişi belirlenmemiştir. Bu halde İş Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁴⁸. Centel'e göre UHK hükmü 16 yaş altındakiler için mutlak yasak getirmektedir, bu sebeple başlangıç zamanı İş Kanunu hükümlerince daha erkene alınabilirken daha geç bir saate çekilemez, kısacası UHK uyarınca gece 20:00'den sonraki bir saat olarak belirlenemez⁴⁴⁹. 4857 sayılı Kanun'daki düzenlemenin de genç işçiler için mutlak yasak olarak kabul edilmesi ve başlangıç saatinin değiştirilememesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁵⁰.

Hava taşıma işleri ise 4857 sayılı Kanun kapsamı dışında bırakılmakla beraber Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'ndeki çizelgede 111 sıra numarasıyla insan ve eşya taşımaya özgü taşıt araçlarında pilotluk, kaptanlık, şoförlük ve bunlara yardımcı işlerde çocuk ve genç işçi çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle hava taşıma işlerinde çocuk ve genç işçi çalıştırılmasının yasaklandığını savunan bir görüş⁴⁵¹ bulunmakla birlikte bu yasağın genişletilemeyeceğini ve Yönetmelik hükmünün sadece 4857 sayılı Kanun kapsamındaki işyerlerinde uygulanacağını savunan bir görüş⁴⁵² de vardır. Kanımızca çocuk ve genç işçi kavramlarının zaten 4857 sayılı İş Kanunu'na özgü bir tanımlama olması ikinci görüşü desteklemektedir. Bu halde Yönetmelikte kastedilen çizelgenin 111 sıra numaralı düzenlemesi Kanunun uygulanmadığı bir alana ilişkin ayrıca bir düzenleme getirmiş olmaktadır. Kanımızca bu nedenlerle hüküm yerinde olsa da 4857 sayılı Kanun'un uygulanmadığı bir alana ilişkin düzenleme içermesi sebebiyle uygulama alanı bulmamalıdır.

⁴⁴⁷ Bakırcı, s. 308; Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 170.

⁴⁴⁸ Bakırcı, s. 308; Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 169.

⁴⁴⁹ Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 169 vd.

⁴⁵⁰ Bakırcı, s. 308; Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 170.

⁴⁵¹ Bakırcı, s. 221.

⁴⁵² Şahin, s. 162.

Diğer taraftan 4857 sayılı Kanun, bilindiği üzere hava taşıma işlerinin bütün yer tesislerinde yürütülen işleri Kanun'un md. 4/II (b) hükmü uyarınca kapsamına almıştır. Yönetmeliğin 143 sıra numaralı düzenlemesi de hava alanlarındaki uçuşa hazırlık işlerinde de çocuk ve genç işçi çalıştırılmasını yasaklamıştır.

II. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Bakımından Çocukların Korunması

A. İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

1. İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Düzenlemelerin Önemi ve Kapsamı

İş kazaları ve bunları engellemeye yönelik iş sağlığı ve güvenliği uygulamaları çalışma yaşamını ilgilendiren en temel konulardan biridir⁴⁵³. İşçinin iş kazalarından korunması ihtiyacı İş Hukukunun doğuşunun ve giderek İş Hukukundaki sorumluluğun Borçlar Hukukundaki tazminat sorumluluğundan ayrılmasının da sebebidir. Bununla beraber ülkemizde dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuatın iş sağlığı ve güvenliği kanunu altında düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁵⁴.

Konu dünya ölçeğinde de önemli kabul edilmekte, zararı gidermenin yanında zararı önleme amacına dikkat çekilmektedir. İş sağlığı ve güvenliği tedbirleri birçok uluslararası belgede de kendine yer bulmuştur. AB 1989/391 Yönergesi ve ILO da 81 sayılı Sözleşmesi ile iş teftişinin ve sağlık denetimlerinin gerekliliği belirtilmektedir. 161 sayılı ILO Sözleşmesinde⁴⁵⁵ de işyeri örgütlenmesine önem verilmektedir. Buna göre işyeri örgütlenmesi olsun olmasın işyerindeki riskler sürekli gözden geçirilecek ve önlemler alınacaktır⁴⁵⁶. Konu ayrıca Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın üçüncü maddesinde düzenlenmiştir.

⁴⁵³ **Akın, Levent**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, AÜHFD 2005, C:54, S:1; s. 1.

⁴⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bak. **Sarper Süzek**, İşçi Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Turhan Esener'e Armağan, Armağan İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 306 vd.

⁴⁵⁵ 5039 sayılı Uygun Bulma Kanunu, RG: 13.1.2004, No: 25345.

⁴⁵⁶ **Akın**, s. 4.

Pozitif hukukumuzda ise İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri İş Kanunu kapsamındaki işçilere olduğu kadar, istisna hükmü ile temelinde bir ilişki olmasa da çıraklar ve stajyerler için de söz konusu olacaktır (İş Kanunu md. 4/f).

İş sağlığı ve güvenliği hükümleri ışığında, iş sağlığı ve güvenliğine ve işçinin korunmasına ilişkin normlarda işçinin faaliyetlerini yürüttüğü çalışma yeri temel alınarak koruma sağlandığı görülecektir⁴⁵⁷. İşçinin yaşama hakkı (mutlak hak) ile doğrudan ilişkinin kurulduğu bu yükümlülük insan hakkı olarak yaşama hakkı kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁵⁸. Çıraklar ve stajyerler bakımından da 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerinin uygulanması düzenlemesi de bu önemi göstermektedir. Oysa çırakların işçi niteliği taşımamaları, kural olarak onların işçileri koruyucu mevzuattan yararlanamamalarına sebep olmaktadır⁴⁵⁹. Görüldüğü gibi burada artık işçinin faaliyetini yürüttüğü yerin yanında işçi olmasa da işverenin hakimiyet alanına giren kişilerin korunması söz konusudur⁴⁶⁰. 6098 sayılı Kanun düzenlemesinde adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen hükümde de organizasyon sorumluluğuna yer verilmiştir (md. 66)⁴⁶¹.

Burada önemli olan, 19.yy başlarında ekonomik ve sosyal açıdan zayıf olan kişilerin sözleşme özgürlüğünden beklenildiği gibi yararlanamaması neticesinde sözleşme ilişkisinin sadece icap-kabul ile değil, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir güven ilişkisi ile doğduğunun da kabul edilmiş olmasıdır⁴⁶². Bunu takiben de edimden bağımsız koruma yükümlülüğü gündeme gelmiştir. Bu nedenle sadece iş sözleşmesi ile değil herhangi bir hukuki ilişki nedeniyle bu ilişkinin öngördüğü

⁴⁵⁷ **Yenisey, Kübra Doğan**, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 173.

⁴⁵⁸ **Yenisey**, İşyeri, s. 154.

⁴⁵⁹ **Akyüz**, s. 353.

⁴⁶⁰ Hakimiyet ilkesine göre herkes kendi tasarruf alanında meydana gelen zarardan sorumludur. Ayrıntılı bilgi için bak. **Aydınlı, İbrahim**, İşverenin Koruma Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemelerin Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S:1-2, 2004, s. 58, 61, 63.

⁴⁶¹ **Öz, Turgut**, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 10.

⁴⁶² **Aydınlı**, s. 51.

edimlerden bağımsız olarak, işyeriyle sosyal temasta olan kişi koruma kapsamındadır⁴⁶³.

4857 sayılı Kanun ile çırakların iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alma görevinin açıkça, işyerini hakimiyeti altında tutan kişiye verilmesini düzenleyen bir norm getirilmektedir. Kanımızca burada hukuka aykırılık bağı artık Kanunla kurulmuştur⁴⁶⁴.

Diğer taraftan söz konusu koruma yükümlülükleri tazminat davasının konusu olabilirken ifa davasına konu olamaz⁴⁶⁵. Burada belirtilmesi gereken, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmaması halinde, ödünç iş ilişkisinde de (geçici iş ilişkisi) işçiye işten kaçınma imkanı verilmiş olmasıdır (İŞK. md. 7, md. 83). Söz konusu yükümlülüklerin ifa davasına konu olamaması nedeniyle işten kaçınma imkanı önem kazanmaktadır. Bununla beraber, çıraklar açısından da iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmaması halinde işten kaçınma imkanının söz konusu olabileceği görüşüdeyiz. 3308 sayılı MEK kapsamındaki çıraklar için ücret zorunlu bir unsur olsa da iş görmekten kaçınmaya imkan veren bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca çıraklık ilişkisinde de 4857 sayılı Kanun'un iş sağlığı ve güvenliği hükümleri uygulama alanı bulacağı ve hukuka aykırılık bağı artık Kanunla kurulduğu için, gerekli tedbirlerin alınmaması halinde çırağa da iş görmeden kaçınma imkanı tanınmalı ve MEK kapsamında sözleşmenin zorunlu unsuru olan ücrete hak kazanması gerektiği kabul edilmelidir.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin özel önemi dolayısıyla 4857 sayılı Kanun'un iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri çıraklara da uygulanmakta, dolayısıyla bu davalara da İş Mahkemeleri bakmaktadır. 5221 sayılı İş

⁴⁶³ **Aydınlı**, s. 58.

⁴⁶⁴ Aynı durum, İş Kanunu md. 7'de düzenlenen ödünç iş ilişkisi halinde de söz konusudur. Doktrinde de ödünç alan işverenle ödünç alınan işçi arasındaki ilişkinin, iş ilişkisi benzeri bir hukuki ilişki olduğu görüşü hakimdir. Bak, **Aydınlı**, s. 62; **Süzek**, s. 258. Bununla beraber, geçici iş ilişkisi sui generis bir alacağın temliki olarak da değerlendirilmektedir. Bak, **Mollamahmutoğlu**, s. 223.

⁴⁶⁵ Akitten doğan bazı yan borçlar için de ifa davası açılmayacağı ancak asli borcun kötü ifası sebebiyle tazminat istenebileceği kabul edilmektedir. Bak, **Oğuzman/Öz**, 2005, s. 331.

Mahkemeleri Kanunu⁴⁶⁶ iş yargılamasını düzenlemektedir. İş Mahkemeleri iş uyuşmazlıklarından doğan davalara bakar (md. 1). Çıraklar hakkında ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/f. maddesinde belirtildiği üzere İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle çıraklık ilişkisi söz konusu olduğunda öncelikle dosya içeriği ve tarafların bu konuda gösterecekleri deliller bir değerlendirmeye tabi tutularak; kişinin çırak olarak çalışıp çalışmadığı hususu üzerinde durulur. Çalışma süresi içinde kişi çırak olarak çalışmış ise taraflar arasında hizmet akdi bulunmadığından iş mahkemelerince görevsizlik kararı verilmelidir. Çalışma süresinin bir kısmı çıraklıkta geçmiş ise bu süre işçilik hakları yönünden değerlendirilmemektedir⁴⁶⁷. Bu halde işçilik hakları yönünden değerlendirilmeyecek sürelerle ilişkin olarak asliye/sulh mahkemeleri uyuşmazlığa bakmakla görevli olacaktır.

Diğer taraftan, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirler yukarıda belirtildiği gibi İş Kanunu'nun kapsamı dahilindedir. 1475 sayılı Kanun döneminde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uyuşmazlıklarda dahi görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu yönünde yargı kararları mevcuttu. Buna göre 3308 sayılı Kanun uyarınca çırak olarak işyerinde bulunan kişi iş kazası geçirmesi halinde bir hizmet akdi söz konusu olmadığı için İş Mahkemeleri görevsizlik kararı vermekteydi⁴⁶⁸. Uyuşmazlıklarda sosyal sigortalar anlamında iş kazası gelirinun bağlanmış olması da sonucu değiştirmemekteydi. Zira işçilik haklarının ödenmesi hususu ile ilgili olarak öncelikle işçinin İş Kanunu kapsamında olup olmadığının araştırılması gerekmekteydi⁴⁶⁹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğü ile birlikte, Kanun'un 4. maddesinin f bendi gereği içtihat da değişmiştir. Yargıtay HGK bu konuya ilişkin verdiği bir kararda, yerel mahkemenin çırağın iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uyuşmazlıkta verdiği

⁴⁶⁶ RG: 4.2.1950, No: 7424.

⁴⁶⁷ Yarg. 9. HD., 26.04.2007, E. 2006/31873, K. 2007/13120: Çalışma ve Toplum, 2007/4, s. 265 vd.

⁴⁶⁸ Yarg. 9HD, 26.6.1990, E. 1990/6647, K. 1990/7874.

⁴⁶⁹ Yarg. 9HD, 16.10.1995, E. 1995/11294, K. 1995/31679.

görevsizlik kararını 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında uygulanmayacağını öngören 4/f maddesindeki "İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere..." söz dizini gözden kaçırılarak, önceki kararda direnilmesi(ni) usul ve yasaya aykırı' bularak bozmuştur⁴⁷⁰. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliği söz konusu olduğunda görevli mahkemeler İş Mahkemeleridir.

2. İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Düzenlemeler

a) İşe başlarken sağlık muayenesi

İş Kanunu md. 87/1 hükmüne göre 'Ondört yaşından onsekiz yaşına kadar (onsekiz dahil) çocuk ve genç işçilerin işe alınmalarından önce işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimlerine muayene ettirilerek işin niteliğine ve şartlarına göre vücut yapılarının dayanıklı olduğunun raporla belirtilmesi' gerekir. Bunların onsekiz yaşını dolduruncaya kadar altı ayda bir defa aynı şekilde doktor muayenesinden geçirilerek bu işte çalışmaya devamlarına bir sakınca olup olmadığının kontrol ettirilmesi ve bütün bu raporların işyerinde saklanarak talep halinde yetkili memurlara gösterilmesi zorunludur.

Ayrıca konuya ilişkin 4857 sayılı İş Kanununun 78 inci maddesine göre düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği de hüküm içermektedir⁴⁷¹. Ancak ilgili Yönetmelik, Danıştay'ın tüzükle düzenleme olmadan doğrudan yönetmelik ile düzenleme yoluna gidilmesinin iptali gerektirdiği gerekçesiyle iptal edilmiştir⁴⁷². Bunun üzerine 2008 yılında 5763 sayılı Kanun ile yapılan

⁴⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2008/13-631, K. 2008/642: www.kazanci.com.tr

⁴⁷¹ RG: 9.12.2003, No: 25311. Yönetmelik 14/a hükmüne göre 'İşveren, işçilerin işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerine uygun olarak sağlık gözetimine tabi tutmakla yükümlüdür: a) İşçilerin işe girişlerinde sağlık durumlarının yapacakları işe uygun olduğunu belirten sağlık raporu alınır. b) Yapılan işin özelliğine göre, işin devamı süresince sağlık muayeneleri düzenli aralıklarla yapılır' düzenlemesine yer verilmiştir.

⁴⁷² Danıştay 10. Dairesi, 16.5.2006 tarih, E. 2004/1942, K. 2006/3007: www.kazanci.com

değişiklikle 78 inci maddesi değiştirilmiştir. Böylece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 78. maddesinin başlığı ve metninde yapılan değişiklik ile Bakanlığın yalnızca Yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduğu açıklığa kavuşturulmaktadır. Bununla beraber iptal edilen Yönetmelik hükmünün ayırt edici bir niteliği olmadığı gibi konuya ilişkin yeni bir Yönetmelik de çıkarılmamıştır.

Bunun dışında ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin de sağlık muayenesinden geçirilmesi gerekmekte ve muayene raporları olmadan çalıştırılmaları yasaklanmaktadır. Buna dayanılarak düzenlenen Ağır ve Tehlikeli İş Yönetmeliği'nin 5. maddesi konuyu düzenlemiştir. Buna göre, 'Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunludur. İşin devamı süresince de bu işlerde çalıştırılmalarında bir sakınca olmadığının 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler için en az 6 ayda bir, diğerleri için de en az yılda bir defa hekim raporu ile tespit edilmesi gerekmektedir.

Ağır ve Tehlikeli İş Yönetmeliği'nin 5. maddesi, 2010 değişik haliyle, bu raporlar 'işyeri hekimi, işyeri sağlık ve güvenlik birimi, ortak sağlık ve güvenlik birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, Sağlık Ocağı veya 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun gereği sağlık ocağının kaldırıldığı yerlerde aile hekimi, Hükümet veya belediye hekimleri tarafından verilir'⁴⁷³.

Çocuk ve genç işçilerin bir başka işverenin yanında çalışmaya başlamaları halinde yeni işveren veya işveren vekili de sağlık raporu istemekle yükümlüdür. Son periyodik yoklamadan itibaren aylık süre geçmeden başka bir işveren yanında çalışma halinde yeni sağlık raporu istenmesine gerek olmadığı

⁴⁷³ Değişik ibare: RG: 7.3.2010, No: 27514.

savunulmaktadır⁴⁷⁴. Kanımızca verilen sağlık raporunun çocuk ve genç işçinin ‘işin niteliğine ve şartlarına göre vücut yapılarının dayanıklı olduğuna’ ilişkin bir saptamayı içermesi gerekir. Bu halde söz konusu değerlendirme sadece çocuğun sağlığının kontrolünü değil işin niteliğine yönelik bir incelemeyi de gerektirecektir. Bu nedenle her farklı işyeri ve işveren açısından yeni rapor alınması gerektiği kanısındayız.

b) İşin devamında periyodik sağlık muayenesi

2008 yılında 5763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 4857 sayılı Kanunun 81. maddesi değiştirilmiştir. Buna göre 4857 sayılı Kanunun 81 inci maddesi başlığı ile birlikte değişmiştir. İşverenler, devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıfı ve derecesine göre, işyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla, bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personelini görevlendirmekle ve sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmekle yükümlüdürler’.

Bunun yanı sıra işverenlerin işe girerken yaptıkları incelemeler işin devamında da sürecektir. Buna göre, çocuk ve genç işçilerin onsekiz yaş tamamlanıncaya kadar altı ayda bir defa aynı şekilde doktor muayenesinden geçirilerek bu işte çalışmaya devamlarına bir sakınca olup olmadığının kontrol ettirilmesi ve bütün bu raporların işyerinde saklanarak yetkili memurların isteği üzerine kendilerine gösterilmesi zorunludur (md. 87).

Konu ile ilgili hükümler Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği ile Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik’te yer almaktadır. Çocukların Çalıştırılmasına

⁴⁷⁴ Karş. Bakırcı, s. 272.

Dair Yönetmelik'in 13. maddesi ikinci fıkra ve devamına göre işveren, çocuk ve genç işçinin işe başlamasından önce veya çalışma esnasında, çalışma koşullarında değişiklik olması gerektiği hallerde, bu değişikliği yapabilmesi için aşağıdaki hususları göz önünde bulundurmalıdır; a) İşyeri ve işin yapıldığı yerin uygunluğu ve tanzimi, b) Kullanılan iş ekipmanlarının şekli, sırası ve bunların kullanılış biçimleri, c) İş organizasyonları, d) Çocuk ve genç işçilere verilen eğitimin ve talimatların düzeyi. Yapılacak bu değerlendirmeye göre çocuk ve genç işçilerin fiziki veya zihinsel gelişmeleri ile güvenlikleri yönünden risk tespit edilirse, en kısa sürede gerekli tıbbi kontrollerin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Burada kastedilenin çocuk ve genç işçiye özel bir değerlendirme olduğu belirtilmekte ve işverene bu özel duruma göre davranma yükümlülüğü getirildiği kabul edilmektedir⁴⁷⁵.

Yine Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'ne göre, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçilerden, 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin işin devamı süresince de bu işlerde çalıştırılmalarında bir sakınca olmadığına 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler için en az 6 ayda bir, diğerleri için de en az yılda bir defa hekim raporu ile tespiti zorunludur. 07.03.2010 tarihinde bu Yönetmeliğe değişiklik getiren Yönetmelik'in⁴⁷⁶ 1. maddesine göre bu raporlar işyeri hekimi, işyeri sağlık ve güvenlik birimi, ortak sağlık ve güvenlik birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, Sağlık Ocağı veya 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun gereği sağlık ocağının kaldırıldığı yerlerde aile hekimi, Hükümet veya belediye hekimleri tarafından verilir. Alınacak sağlık raporu ile durumlarında bir değişiklik olup olmadığı araştırılır.

2003 tarihli İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesinde 'işyeri hekimlerinin

⁴⁷⁵ Bakırcı, s. 277.

⁴⁷⁶ RG: 7.3.2010, No: 27514.

onsekiz yaşından küçükleri yakın takip ve koruma altında tutacakları'na ilişkin hüküm bulunmaktaydı. 2009 tarihinde bu Yönetmelik yürürlükten kaldırmıştır⁴⁷⁷. Dolayısıyla yeni mevzuat gereği işyeri hekimlerinin böyle bir yükümlülüğü kalmamıştır. Bu değişikliğin yerinde olmadığını düşünüyoruz.

B. İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

1. Deniz İş Kanunu Kapsamında

Gemiadamları Yönetmeliğine göre, 'Gemiadamları, iki yılda bir "Gemiadamları Sağlık Yönergesi" hükümlerine göre periyodik sağlık yoklaması yaptırırlar' (md. 61). Madde 62 hükmüne göre ise 'Onsekiz yaşından küçük olan gemiadamları, "Gemiadamları Sağlık Yönergesi" ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) "77 Sayılı Çocukların ve Gençlerin İşe Elverişlilik Yönünden Sağlık Yoklaması Olmalarına İlişkin Sözleşme" hükümleri göz önüne alınarak her yıl periyodik sağlık yoklaması yaptırırlar. 5 Ocak 2011 tarihli onay ile yürürlüğe giren Gemiadamları Sağlık Yönergesi'ne göre ilk kez gemiadamı cüzdanı ve gemiadamı yeterlik belgesi alacak olanların gemiadamı olabilmeleri için, Gemiadamları Sağlık Yönergesi hükümlerine göre gemiadamı olmaya engel sakatlık ve hastalığı olmaması gerekir. Gemiadamları Sağlık Yönergesi hükümlerine göre sağlık yoklamasından geçirilen gemiadamı adaylarından "Gemiadamı Olur" kararlı sağlık raporu alanlar gemiadamı olabilirler (Gemiadamları Yönetmeliği md. 64).

Yönerge'nin 10. maddesine göre, 18 yaşından küçük gemiadamı adaylarının ve gemiadamlarının periyodik sağlık yoklamaları bu Yönerge ve ülkemizin de taraf olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (77) sayılı "Çocukların ve Gençlerin İşe

⁴⁷⁷ 15 Ağustos 2009 tarihinde 27320 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmelik ile de 16/12/2003 tarihli ve 25318 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile 20/1/2004 tarihli ve 25352 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. 27 Kasım 2010 tarihli 27768 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği de 2009 tarihli Yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır.

Elverişlilik Yönünden Sağlık Muayenesine Tabi Tutulmaları Hakkındaki Sözleşmesi" göz önünde bulundurularak yapılır. 18 yaşından küçük olanların deniz hizmetinde sürekli çalıştırılmaları ancak "Periyodik Sağlık Yoklamaları"nın her yıl yapılması şartına bağlıdır.

Onsekiz yaşından küçük olan gemiadamlarının, "Gemiadamı Olur" kararlı sağlık raporunda ve her yıl tekrarlanan sağlık yoklamalarında deniz hizmetine elverişli olduğu ve bu hizmetler dolayısı ile sağlık durumunda bozulma olmayacağıının açıkça belirtilmesi zorunludur (Gemiadamları Yönetmeliği md. 62).

2. Basın İş Kanunu Kapsamında

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel düzenleme bulunmayan konularda genel düzenleme olan Borçlar Kanunu uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler ve düzenleme bulunmayan hallerde uygulanacak hükümler aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

3. Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında

818 sayılı Kanun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 417. madde hükmüne göre ise, işveren, hizmet ilişkisinde işçinin zarar görmemesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Ayrıca işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. Gerekçede de belirtildiği üzere bu düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşverenlerin ve işçilerin yükümlülükleri" kenar başlıklı 77nci maddesinin birinci fıkrasına da benzer bir düzenlemedir. Buna göre işveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamak, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha

fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla, ayrıca işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla sorumlu tutulmuştur. Önceki düzenlemelerden farklı olarak işçi de bu kurallara uymakla yükümlü tutulmuştur. Böylece işçiye sağlanan koruma genişlemiş, işçinin de kurallara uyma zorunluluğu getirilmiştir⁴⁷⁸.

417. maddenin 3. fıkrasında ise, ‘İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.’ düzenlemesine yer verilmiştir. Burada belirtilmesi gereken 6098 sayılı Kanun ile genel hükümlerde ağır bedensel zarara uğrayanın yakınlarına da manevi tazminat ödenmesi istenebileceğinin düzenlenmiş olmasıdır (md. 56/2). Eskiden sadece ölüm halinde ölenin yakınlarına manevi tazminat ödenmesi düzenlemesinin aksine, artık ağır bedensel zarar halinde de manevi tazminat talep etme imkanı doğmuştur⁴⁷⁹.

Halen yürürlükte olan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 180. madde hükmüne göre ise ‘Devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran bütün iş sahipleri, işçilerinin sıhhi ahvaline bakmak üzere, bir veya mütaaddit tabibin sıhhi murakabesini temine ve hastalarını tedaviye mecburdur’. Buna göre 50 ve üzerinde işçi çalıştıran işverenler bu düzenlemeyle bağlıdır ki çalıştırdığı işçi sayısı nedeniyle 4857 sayılı Kanunun kapsamında olmayan işyerlerinin bu şartı sağlayamayacağı açıktır. Dolayısıyla Borçlar Kanunu kapsamındaki işyerleri açısından 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecek olan TBK düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır.

III. Çalışma Süreleri Bakımından Çocukların Korunması

A. İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

4857 sayılı İş Kanunu bakımından haftalık çalışma süresi en çok 45 saattir. Konu çocuklar olduğunda ise çocukların çalışmalarına izin verilmesi halinde dahi bu

⁴⁷⁸ Öz, s. 77.

⁴⁷⁹ Öz, s. 9.

çalıştırmanın süre ve koşullarının ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir. Bu uluslararası düzenlemelerin olduğu kadar, Anayasa md. 50/2'deki çalışma koşulları bakımından çocukların özel olarak korunması gerektiğini ifade eden hükmün de gereğidir. Çocuk ve genç işçiler açısından çalışma sürelerinin yanı sıra çalışmadan sayılan hallerin de ayrıca düzenlenmesi önemlidir.

Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'in 6. maddesine göre temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, 15 yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir.

Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 66ncı maddesine göre çalışmadan sayılacak diğer haller belirlenmiştir. Buna göre; çocuk ve genç işçiler için işverenin vermesi gereken eğitimlerde geçen süreler, işverenin işyeri dışında gönderdiği kurslar ve toplantılarda geçen süreler ile yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından düzenlenen mesleki eğitim programlarında geçen süreler ve ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından çalışan çocuk ve gençler ile ilgili olarak düzenlenen konferans, kongre, komisyon ve benzeri toplantılara temsilci olarak katılmaları nedeniyle işlerine devam edemedikleri süreler çalışma süresinden sayılır.

Bu konuya ilişkin düzenlemelerin kapsamına çocuk ve genç işçilerin çalışma sürelerinin belirlenmesinde öğrenim olanaklarının gözetilmesi hususu da girmektedir. İş Kanunu okula devam edenlerle etmeyenler arasında bir ayırım gözetmiştir. İş Kanunu md. 71 hükümleri 4. ve 5. fıkraların nispi emredici hükümler olup çocukların eğitim hayatına devam edip etmemesine göre farklı düzenleme yoluna gidilmiştir⁴⁸⁰. Okula devam eden çocuk, okul açıksa en fazla günde 2, haftada 10 saat çalıştırılabilir; okulun kapalı olduğu dönemlerde ise 15 yaşını tamamlamamış olanlar günde 7, haftada 35 saatten, 15 yaşını

⁴⁸⁰ Şahin, s. 134.

tamamlayanlar günde 8, haftada 40 saatten fazla çalıştırılmaz (İşK madde 71, Yönetmelik md. 6/3).

Okula gitmeyenler ise günde 7, haftada 35 saatten fazla çalıştırılmazken; 15 yaşını tamamlamış olanların çalışma süreleri günde 8, haftada 40 saate çıkarılabilir. Niteliği itibariyle haftalık iş günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesi mümkün olmayan işlerde de bu hükümlerin geçerli olacağı kabul edilmektedir⁴⁸¹.

Daha önce belirtildiği üzere Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'in 6. maddesinde 4857 sayılı Kanun'un 69. maddesinden farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, çocuk ve genç işçilerin günlük çalışma süreleri, yirmidört saatlik zaman diliminde, kesintisiz on dört saat dinlenme süresi dikkate alınarak uygulanır⁴⁸².

Olağan çalışma sürelerinin yanında Fazla Çalışma Yönetmeliği⁴⁸³ ile de on sekiz yaşını doldurmamış işçilerin fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir (Fazla Çalışma Yönetmeliği md. 8/a). Ancak Yönetmeliğin son maddesinde fazla çalıştırılmayacak işçilerden biri olan kısmi süreli çalışanlara ilişkin ayrıksı bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma da yaptırılmaz.

Bilindiği üzere Türk İş Hukukuna göre fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışma farklıdır. Buna göre fazla çalışma, İş Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmaları, fazla sürelerle çalışma ise haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda bu çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmaları ifade etmektedir (Fazla Çalışma Yönetmeliği, md. 3).

⁴⁸¹ Bakırcı, s. 294.

⁴⁸² Akyüz, s. 351.

⁴⁸³ RG: 6.4.2004, No: 25425.

Bu halde sayılan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler dışında kalan diğer çalışanlara fazla sürelerle çalışma yapılabileceği sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla çocuk ve genç işçiler açısından kanuni çalışma sürelerini geçmemekle beraber fazla sürelerle çalışma yapılabilmektedir. Buna göre haftalık çalışma saati Kanunun çizdiği sınır nedeniyle 40 saat olan bir küçük işçinin sözleşmesinde 30 saat olarak kararlaştırılan sürenin 40 saate kadar çıkarılması halinde, fazla sürelerle çalışma söz konusu olacak ve aşan süreler için %25 zamlı olarak ödeme yapılacaktır. Diğer taraftan haftalık 45 saat aşılmassa da kanuni sınırın aşılması %50 zamlı ödemeye hak kazanılması için yeterlidir⁴⁸⁴.

Çocuk ve genç işçiler açısından telafi çalışması ve olağanüstü ve zorunlu hallerde de fazla çalışma yapılamayacağını kabul etmek gerekir⁴⁸⁵.

B. İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

1. Deniz İş Kanunu Kapsamında

Deniz İş Kanunu'nda ve Gemiadamları Yönetmeliği'nde konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için tüm işçiler için geçerli olan Deniz İş Kanununun 26ncı madde hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁸⁶. Buna göre çalışma süresi günde sekiz, haftada kırk sekiz saattir. Bu süre haftanın günlerine eşit olarak bölünerek uygulanır (Deniz İşK md. 26).

Ayrıca Deniz İş Kanunu aynı maddenin 3. fıkrası vardiya usulüyle çalışmayı düzenlemiştir. Yine Gemiadamları Yönetmeliği 84/a maddesi küçük deniz işçilerine de uygulanacaktır. Buna göre 'Denizcilik İşletmeleri, gemide vardiya tutma ile ilgili düzenlemeleri, vardiya tutacak gemiadamlarının yorgun düşerek verimliliklerini azaltmayacak bir biçimde ve aşağıdaki esaslara uygun olarak yaparlar. Gemide vardiya tutan gemiadamları günde en az on saat dinlenirler.

⁴⁸⁴ Bakırcı, s. 298.

⁴⁸⁵ Bakırcı, s. 298 vd.

⁴⁸⁶ Bakırcı, s. 296.

Günlük dinlenme süreleri en fazla iki bölüme ayrılabilir. Bu halde dinlenme sürelerinden biri altı saatten az olamaz.

Günde en az on saat olan dinlenme süresi acil durum ve role talimleri gibi olağandışı durumlarda altı saatten az olmayacak biçimde kısaltılabilir. Ancak kısaltılan dinlenme süresi peş peşe iki günden fazla uygulanamaz ve toplam dinlenme süresi haftada yetmiş saatten az olamaz. Bu hususlar küçük deniz işçileri için de aynen geçerli olacaktır.

Çocukların fazla çalışmasına ilişkin de özel hüküm bulunmayan Deniz İş Kanunu'na göre bu Kanun uyarınca tespit edilen iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar fazla saatlerle çalışma sayılacaktır (Deniz İş K. md. 28). Diğer taraftan gemiadamı fazla mesai yapmayacağını veya tatil günlerinde çalışmak istemediğini ileri süremez. Bu çalışmalar için işçinin muvafakatı aranmaz⁴⁸⁷. Bununla birlikte fazla mesai ve ücret hakları saklıdır⁴⁸⁸. Fazla çalışmanın üst sınırı da çizilmemiştir⁴⁸⁹. Diğer taraftan yasada üst sınırın belirlenmemiş olması sınırsız fazla çalışma yapılamayacağı olarak anlaşılmalıdır⁴⁹⁰.

2. Basın İş Kanunu Kapsamında

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel düzenleme bulunmayan konularda genel düzenleme olan Borçlar Kanunu uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler ve düzenleme bulunmayan hallerde uygulanacak hükümler aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

⁴⁸⁷ **Tuncay**, Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri, s. 114; **Özbek**, s. 114.

⁴⁸⁸ **Özbek**, s. 114 vd.

⁴⁸⁹ **Özbek**, s. 119.

⁴⁹⁰ **Tuncay**, Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri, s. 114.

3. Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Kapsamında

Borçlar Kanunu kapsamındaki çalışma saatlerini belirleyen bir hükme kanunda rastlanmamaktadır. Bu nedenle konuyu UHK düzenlemektedir. UHK, 12 ila 16 yaşındaki çocukların günde azami 8 saatten fazla çalıştırılmayacağı düzenlenmiş olmakla beraber 16 yaşını tamamlayanların işyerinin çalışma düzenine tabi olacağını belirtilmiştir⁴⁹¹. Bunların fazla çalışmasına ilişkin bir hüküm de Kanun da yer alamamaktadır. Dolayısıyla 16 yaşını tamamlayan işçilerin fazla saatlerle çalıştırılabilmeleri mümkündür⁴⁹².

Daha önce değinildiği 4857 sayılı Kanun ilköğretime devam edenlerin çalışmasını yasaklamışsa da UHK açısından böyle bir düzenleme mevcut değildir. Bu halde okula devam eden çocukların ders saatlerinin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı sorusu doğmaktadır. 222 sayılı Kanun hükmü gereğince ilköğretime devam etmeyen çocukların çalıştırılmaları yasaktır, dolayısıyla ilköğretime devam edenlerin ders saatlerinin çalışmadan sayılması gerektiği savunulmuştur⁴⁹³. Diğer taraftan bu süreler çalışmadan sayılan haller kapsamında değil haftalık azami çalışma süresinin hesabında dikkate alınmalıdır.

6098 sayılı Kanun'un 398. maddesine göre özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma olarak tanımlanmıştır. Diğer taraftan normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa, karşılığı verilmek koşuluyla, işçi fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü sayılmıştır.

Yine Kanun'un md. 402 hükmü fazla çalışma ücreti düzenlemiş ve işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı

⁴⁹¹ Akyüz, s. 349.

⁴⁹² Bakırcı, s. 299.

⁴⁹³ Bakırcı, s. 295.

olarak izin verebileceği düzenlemesine yer vermiştir. Buna göre yeni düzenleme ile artık soyut ve belirsiz hak somutlaştırılmış ve işçiye seçimlik imkan tanımıştır (md. 402/2)⁴⁹⁴.

IV. Dinlenme Hakkı Bakımından Çocukların Korunması

A. İş Kanunu Kapsamındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

4857 sayılı Kanun'da çocuk ve genç işçilerin dinlenme hakkı da özel olarak düzenlenmiştir. Çalışma süreleri içinde kişinin dinlenme hakkı, ara dinlenmesi ve günlük azami çalışma süreleri ile yakından ilgilidir. Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'e göre çocuk ve genç işçilerin gece dinlenme süresi kesintisiz 14 saat olarak belirlenmiştir. Diğer tarafından ara dinlenmeleri de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'in madde 6 hükmü ile 'İki saatten fazla dört saatten az süren işlerde otuz dakika, dört saatten yedi buçuk saate kadar olan işlerde çalışma süresinin ortasında bir saat olmak üzere ara dinlenmesi verilmesi' zorunluluğu getirilmiştir. Ara dinlenmelerinin zamanını belirleme yetkisi işverende olup bu belirlemede İş Kanunu madde 68 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ara dinlenmeleri çocuklar açısından yetişkin işçilerin ara dinlenme sürelerinin iki katına çıkarılmıştır. Bunun dışındaki diğer hususlarda İş Kanunu madde 68 hükmü uygulama alanı bulacak, genel kural uyarınca ara dinlenmesi süreleri çalışmadan sayılmayacaktır' (md.68/son).

Bunun dışında çocukların haftalık ve yıllık izin kullanma hakları da vardır. Hafta tatilinin ne olduğu ise 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu'nda⁴⁹⁵ düzenlenmiştir. Buna göre on bin veya on binden fazla nüfuslu şehirlerde sanayi işyerlerinde haftada bir gün tatil mecburidir (md. 1). Sanayi dışı işler ise kapsam dışında bırakılmıştır (md. 3). Bu Kanun'a ek olarak Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik çocuk ve genç işçilerin hafta tatillerinin kırk saatten az olamayacağını da düzenlemiştir (md. 8). Çocuk ve genç işçilerin bugünlere ilişkin ücretleri de bir iş

⁴⁹⁴ Öz, s. 71.

⁴⁹⁵ RG: 2.1.1924, No: 54.

karşılığı olmaksızın ödenir. Ancak okul saati ile hafta tatilinin birleşmesi ihtimali hukukumuzda düzenlenmemiştir. Hafta tatilinin okul gününe rastlamaması gerektiği ve bu yönde bir düzenlemenin Yönetmeliğe eklenmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁹⁶.

Ayrıca 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun⁴⁹⁷ hafta tatili olarak pazar gününü kabul etmektedir (md. 3/a). Çocuk ve genç işçiler ulusal bayram ve tatil günlerinde çalıştırılmazlar ve ücrete hak kazanırlar (Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik md. 9). Yönetmelik gereğince çocuk işçilerin bu tatil günlerinde çalışmalarının mutlak yasak olduğu, yetişkin işçilere ilişkin düzenlemenin aksine toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş akitleri ile değiştirilemeyeceği savunulmaktadır⁴⁹⁸.

Yıllık ücretli izinlere ilişkin olarak ise İş Kanunu md. 53 hükmü düzenleme getirmiştir. Maddenin 5. fıkrası çocuk ve genç işçilere özel düzenleme getirmiştir, buna göre ‘onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz.’ Bu hakkın kullanılması için yetişkinlerde aranan koşullar ile çocuk ve genç işçilerde aranan koşullar arasında farklı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna göre yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için işçinin çalışmaya başladığı tarihten itibaren deneme süresi dahil olmak üzere en az bir yıl geçmesi gerekir⁴⁹⁹.

Yine Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik madde 10/1 hükmüne göre de çocuk ve genç işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi 20 günden az olamaz. Yıllık ücretli iznin kesintisiz kullanılması esastır. Ancak, yararına olduğu durumlarda çocuk ve genç işçinin isteği üzerine en fazla ikiye bölünerek kullanılabilceğini ve 10/2 hükmü ile de okula veya eğitime devam eden çocuk ve genç işçilere yıllık ücretli izinleri okulların tatil olduğu, kursa ve diğer eğitim

⁴⁹⁶ Bakırcı, s. 311; Şahin, s. 141.

⁴⁹⁷ RG:19.3.1981, No: 17284.

⁴⁹⁸ Şahin, s. 142.

⁴⁹⁹ Baştürk, s. 247.

programlarına devam edilmediği dönemlerde verileceğini düzenlemiştir. Zira yıllık eğitim dönemi içinde iznin kullandırılması halinde çocuk ve genç gereği gibi dinlenemeyecektir⁵⁰⁰.

B. İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalışan Çocuklar

1. Deniz İş Kanunu Kapsamında

Deniz İş Kanununda çocukların ara dinlenmesine ilişkin özel düzenleme mevcut değildir. Zira gemiadamının ara dinlenmesinden söz eden açık bir hüküm yoktur. Ara dinlenmeleri denizcilik örf ve adetlerine göre işverenin yönetim hakkı dahilinde belirlenecektir⁵⁰¹.

Hafta Tatili Kanunu'nun 4/B bendine göre, 'liman, iskele ve istasyon, gümrük ve antrepolardaki tahliye ve nakliye şirket ve cemiyetleri' uygulama dışında tutulmuştur. Buna göre ücretli hafta tatili hakları Deniz İş Kanunu md. 41 ve 42 uyarınca düzenlenecektir. Küçük deniz işçileri için ayrıca bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Deniz İş Kanunu'nun 41. maddesinde göre, liman hizmeti ve şehir hattı gemilerinde çalışan gemiadamının haftada altı günden fazla çalıştırılması yasaktır. Bunlardan hafta tatili günü çalıştırılanlara, haftanın diğer bir gününde nöbetleşe izin verilmesi gerekir. Kanun, liman hizmeti ve şehir hatları gemilerinde çalışan gemiadamlarının hafta tatilini düzenlemektedir. Devamında 42. maddenin birinci fıkrası ile Kanun hafta tatili ücreti de düzenlenmiştir. Buna göre hafta tatili sırasında işçiye, bir iş karşılığı olmaksızın ve ücret ödeme şekline bakılmaksızın bir gündelik tutarında ücret ödenmesi gerekir. Diğer taraftan bu düzenleme liman hizmeti ve şehir hattı gemilerinde çalışanların hafta tatilini düzenlemektedir. Maddenin son fıkrası kısa, yakın ve uzak sefer yapan gemilerde çalışanları kapsar. Buna göre bu kişiler hafta tatilini de gemide geçirmek zorundadır. Bu

⁵⁰⁰ **Bakırcı**, s. 315; **Centel**, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, s. 174.

⁵⁰¹ **Tuncay**, Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri, s. 118.

gemiadamlarına gemiden ayrılmadıkları hafta için 8 yevmiye tutarında ücret ödenecektir⁵⁰².

Ulusal bayramlarda ve genel tatillerde ise Deniz İş Kanunu md. 43 hükmüne göre, 2739 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Kanunu ile anılan kanuna ek 3466 ve 221 sayılı kanunlarda yazılı bulunan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde, bir iş karşılığı olmaksızın bir günlük ücreti tutarında tatil ücreti, ücret ödeme şekline bakılmaksızın ayrıca ödenir⁵⁰³. Bu konuda liman hizmeti ve şehir hattı gemilerinde çalışan gemiadamları ile kısa, yakın ve uzak sefer yapan gemilerde çalışan gemiadamları ayırımına gidilmemiştir⁵⁰⁴.

Yıllık ücretli izinlere ilişkin Deniz İş Kanununda küçük deniz işçilerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle genel kurallar küçük deniz işçilerine de uygulanacaktır. Buna göre, aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde en az altı ay çalışmış olan gemiadamı, yıllık ücretli izine hak kazanır. İzin süresi, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemiadamları için 15 günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamaz. Bu haktan feragat edilemez.

Gemiadamı yıllık ücretli iznini yabancı bir memleket limanında veya hizmet akdinin yapılmış bulunduğu mahalden gayri bir yerde kullanmaya zorlanamaz. Gemiadamı dilerse, işveren veya işveren vekilinden ücretli izne ilişkin olarak 7 güne kadar ücretsiz yol izni de isteyebilir (Deniz İş Kanunu md. 40). Kural olarak izin işverenin uygun göreceği bir zamanda kullanılır. Taraflar izni anlaşarak aynı yıl içinde kullanılmak üzere ikiye bölünebilir⁵⁰⁵.

⁵⁰² **Tuncay**, Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri, s. 121; **Özbek**, s. 154.

⁵⁰³ **Özbek**, s. 154.

⁵⁰⁴ **Tuncay**, Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri, s. 122.

⁵⁰⁵ **Tuncay**, Gemiadamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri, s. 124; **Özbek**, s. 149. Özbek'e göre makul olmak şartıyla daha fazla bölünebilir. Ancak hüküm emredicidir. Bak. **Tuncay**, aynı yer.

2. Basın İş Kanunu Kapsamında

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel düzenleme bulunmayan konularda genel düzenleme olan Borçlar Kanunu uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler ve düzenleme bulunmayan hallerde uygulanacak hükümler aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

3. Borçlar Kanunu ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu Kapsamında

Ara dinlenmeleri açısından bir ayırımı gitmek gerekmektedir. Borçlar Kanunu kapsamında olan işlerde 6301 sayılı Öğle Dinlenmesi Kanunu ile beraber değerlendirme yapılacaktır. Buna göre Öğle Dinlenmesi Kanunu md. 1 uyarınca 'Nüfusu on bin ve daha fazla olan şehir ve kasabalardaki fabrika, imalathane, mağaza, dükkan, yazıhane, büro ve bunların benzerleriyle bilimum ticari ve sınai müesseselerde çalıştırılan işçilere ve diğer müstahdemlerde çalıştırılan işçilere ve diğer müstahdemlere bir saatten aşağı olmamak üzere öğle dinlenmesi verilmesi mecburidir.' Bu Kanun'un uygulanmayacağı yerlerde ise Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacaktır. BK md. 334/I hükmü de işverenin mutad gün ve saatlerde izin vermesi gerektiğini düzenlemektedir. Burada da Öğle Dinlenmesi Kanunu'nun hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁶.

Hafta tatili ise Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bununla beraber 6098 sayılı Kanun 421. maddede konuyu düzenlenmiştir. Buna göre, 'İşveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü veya durum ve koşullar buna imkân vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür. İzin saatlerinin ve günlerinin belirlenmesinde, işyerinin ve işçinin haklı menfaatleri göz önünde tutulur' (TBK. md. 421/3). Bu düzenleme 618 sayılı Kanun'daki mutad olan saat ve günlerde ifadesinin yerini almıştır⁵⁰⁷. Buna göre alışılmış gün ve saatlerde işverence belirlenecek zamanlarda hafta tatili izni kullanılacaktır. Ancak İş Kanunu

⁵⁰⁶ Bakırcı, s. 301.

⁵⁰⁷ Öz, s. 78.

dışında çalışan bu işçiler açısından da hafta tatilinde ücret ödenip ödenmemesi doktrinde tartışılmıştır. Yürürlükten kalkacak olan BK md. 334/I döneminde, BK kapsamında çalışanların da Anayasal hak olan dinlenme hakkında yararlanması gereği karşısında ve Anayasa'da bu iznin ücretli olacağı açıkça belirtildiği için artık bu çocuk işçilere de ücret ödenmesi gerektiği kabul edilmekteydi⁵⁰⁸. Bu görüşün yeni hükümlerde de ücret konusunda açıklık olmadığı için geçerliliğini koruyacağını düşünmekteyiz.

Yıllık ücretli izinlere ilişkin 818 sayılı Kanun'da düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki izinler açısından Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun⁵⁰⁹ bu işçiler açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada da ücrete hak kazanılıp kazanılmayacağı tartışılmıştır, bununla beraber hafta tatilindeki gerekçelerle yine ücrete hak kazanılacağı kabul edilmektedir⁵¹⁰. Öğretide yıllık ücretli izin hakkının örf ve adet halini aldığı ve Anayasal dayanağı olduğu ileri sürülmekteydi⁵¹¹. Bu yaklaşım 6098 sayılı Kanun'a da yansımış ve yıllık izin 421. madde ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre, işveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.

İzin saatlerinin belirlenmesi konusunda 818 sayılı Kanun'da sadece iş sahibinin menfaatinin gözetileceği belirtilmektedir (818 sayılı K. md. 334/3). 6098 sayılı Kanun ise izin saatlerinin belirlenmesinde işyerinin ve işçinin haklı menfaatleri göz önünde tutulacağı belirtilmiştir (6098 sayılı K. md. 424)⁵¹². Ayrıca işveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretini, ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermekle yükümlüdür. İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı

⁵⁰⁸ Bakırcı, s. 312.

⁵⁰⁹ RG: 19.3.1981, No: 17284.

⁵¹⁰ Bakırcı, s. 313; Akyüz, s. 351.

⁵¹¹ Bak. Bakırcı, s. 316 ve orada anılan yazarlar.

⁵¹² Öz, s. 79.

para ve başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat edemez (TBK. md. 425). Bu nedenle yıllık izinlerde ücrete hak kazanılıp kazanılmayacağına ilişkin 818 sayılı BK döneminde yapılan tartışmalar yıllık ücretli izinler açısından artık güncelliğini korumamaktadır.

V. Çocukların Kişilik Haklarının ve Kişisel Verilerinin Korunması

A. Çocukların Kişilik Haklarının Korunması

Kişilik kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar sahip oldukları temel bireysel değerlerin bütünüdür. Bu değerlerin bütünü üzerindeki haklar ise kişilik haklarıdır⁵¹³. Çocuk doğduğu andan itibaren kişilik kazanır. Çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ve kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi çocuğun kişiliğinin geliştirilmesi ve korunması anlamına gelir. Çocuğun kişiliğinin korunması MK'nın çeşitli hükümlerinde ifadesini bulmuştur (MK md. 322, 25, 122)⁵¹⁴.

Çocuk ve gençlerin işyerinde şiddete karşı korunması da kişilik haklarının korunması kapsamında değerlendirilmelidir. Çocuklara karşı şiddet uluslararası ve ulusal hukuk tarafından yasaklanmıştır. İşyerindeki şiddet fiziksel ve ruhsal açıdan çocuklara zarar verebileceği gibi iş kazalarının da önünü açabilir⁵¹⁵. ILO 182 sayılı Sözleşme ile de işyerinde çocuğa karşı şiddet yasaklanmıştır. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 232. madde hükmü 'çocuğa meslek ve sanat öğretmekle yükümlü kişinin terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanması halinde' cezayı öngörmektedir. Bu düzenlemenin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu iddia edilmektedir. Zira her türlü şiddet yasaklanmamakta, yetkinin kötüye kullanımı olmadığı takdirde disiplin adı altında şiddete izin verildiği ileri sürülmektedir⁵¹⁶. Çocuk Hakları Komitesi'ne göre de makul ve aşırı olmayan disiplin kabul edilmektedir. Bununla birlikte Komite'nin Britanya raporunda 'izin verilebilir fiziksel şiddet' görüşünden kaçınılması gerektiğinden

⁵¹³ Aksoy, H. Can, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s. 38; Akyüz, s. 100.

⁵¹⁴ Akyüz, s. 101.

⁵¹⁵ Akyüz, s. 352.

⁵¹⁶ Akyüz, s. 352.

bahsedilmektedir⁵¹⁷. Tüm düzenlemelerde şüpheye yer bırakmayacak şekilde fiziksel ve sözel şiddet yasaklanmalıdır⁵¹⁸.

B. Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması

Çocuk ve genç işçi söz konusu olduğunda bu kişileri çalıştıran işverenler çocuklara ilişkin kimi kişisel bilgileri elde etmiş olabilirler. Dahası çoğu zaman bu verilerin işveren tarafından toplanması yasal bir zorunluluktur. İş Kanunu md. 75 gereği işveren işçilerin özlük dosyasını tutmakla yükümlüdür⁵¹⁹. Maddenin devamında ‘işverenin, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlülüğü’ de düzenlenmektedir. Diğer taraftan kişisel verilerin korunması bir insan hakları meselesidir. Özellikle Kara Avrupası açısından kişisel verilerin korunması temel hak sayılmaktadır⁵²⁰.

Konu işçiler ve çocuklar açısından ayrı ayrı değerlendirilmiş olmakla beraber çocuk işçiler açısından özel öneme sahiptir. Zira kişisel verilerin korunmasında rıza beyanı önem taşımaktadır; ancak konu çocuklar olduğunda rıza gösterme ehliyeti kimi problemleri de beraberinde getirmektedir. Kişisel verilerin kullanımına izin verilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Ebeveynlerin velayet yetkisine dayanarak çocuklarının yerine rıza göstermesi çocuğun üstün çıkarı ve korunması düşünceleri ile ilişkili olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵²¹. Kişisel verilerin korunmasında, veri koruma hakkı yasal temsilciye değil, doğrudan çocuğa aittir. Bu noktada çocuğun danışılma hakkı

⁵¹⁷ Aktaran **Bakırcı**, s. 331; **Akyüz**, s. 353.

⁵¹⁸ **Bakırcı**, s. 341; **Akyüz**, s. 353.

⁵¹⁹ Özlük dosyasının içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydın, Ufuk**, İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümlülüğü, TMK 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 491-505.

⁵²⁰ **Küzeci, Elif**, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s. 229.

⁵²¹ **Küzeci**, s. 226. Yazar, bu halde korunanın, ebeveynin değil çocuğun çıkarları olduğunu belirtmektedir.

üzerinde durulmalı, tercihen karar alınırken çocukların görüşleri dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁵²².

Özel kategorideki kişilerin kişisel verilerinin korunması ise diğer bir önemli ayırımdır. Buna göre ‘hassas’ sayılan kimi veri türlerinin işlenmesi diğerlerine göre daha sıkı denetime tabidir⁵²³. Konumuzla bağlantılı bir örnek olarak, 95/46 sayılı AB Yönergesinin 8. maddesine göre ilgili kişinin sendika üyeliği hassas veri kapsamındadır. İşçi özlük dosyasının kapsamının oluşturulmasında sadece objektif anlamda gerekli evraklara yer verilmelidir. Bunların dışındaki hassas veriler dosyalanmamalıdır⁵²⁴. ILO’nun 111 ve 135 sayılı sözleşmeler ile de kabul ettiği üzere çalışanların kişisel bilgileri ile ilgili kayıtlar en aza indirilmelidir⁵²⁵.

İş ilişkisini iş görme edimini konu alan diğer sözleşmelerden ayıran en temel özelliği sözleşmenin bağımlılık unsurudur. Her ne kadar burada kastedilen hukuki bir bağımlılık olsa da iş ilişkisi içinde işçiler ekonomik olarak işverene belli ölçüde bağımlıdır.⁵²⁶ Bu bağımlılık ilişkisi içinde işçinin kişisel verilerinin korunması özel öneme sahip olacaktır. Zira kişisel verilerin korunmasının önemi, hem iş ilişkisi başlarken, hem devam ederken, hem de iş sözleşmenin sona ermesinde karşımıza çıkabilmektedir. İşçinin kimlik bilgileri, yerleşim yeri, eğitime ilişkin verileri ve ailevi bilgileri, daha önce çalıştığı yerler dahil birçok veri işveren tarafından daha başvuru aşamasında dahi talep edilebilmektedir. Bu noktada işverenin bu bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmaması öncelikle gerekmektedir⁵²⁷. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri, dürüstlük kuralına ve hukuka uygun olarak kullanmakla ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür⁵²⁸. Ayrıca talep halinde

⁵²² Küzeci, s. 228.

⁵²³ Aksoy, s. 30.

⁵²⁴ Aydın, s. 494.

⁵²⁵ Aydın, s. 495, 503.

⁵²⁶ Küzeci, s. 279; Sevimli, Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal, İstanbul 2006, s. 81.

⁵²⁷ Küzeci, s. 280.

⁵²⁸ Aksoy, s. 113.

kişilerin kendi dosyalarına erişim hakkı olmalıdır⁵²⁹. Diğer taraftan Türk Hukuku açısından bu konuda yeterli bir korumanın bulunduğunu söylemek mümkün değildir. İş Kanunu'nda özlük dosyasının kapsamı belirlenmiş, hassas veri kavramına değinilmemiştir⁵³⁰.

Görüşmeler sırasında işverenin isabetli karar verebilmek için gerek çocuğa gerekse ebeveynlere sorular yöneltmesi ve çocuk hakkında bilgi alması mümkündür⁵³¹. İş için başvuran çocuğa, imzalanması muhtemel sözleşmeyle somut ilişkisi bulunmayan ve objektif bakımdan ilgili olmayan soruların cevaplanma zorunluluğu yoktur⁵³². Bu noktada, bu verilere işin niteliği gereği ihtiyaç duyuluyor olması da aranacaktır, ancak kimlik bilgileri, yerleşim yeri, eğitime ilişkin verileri ve ailevi bilgileri, işçinin daha önce çalıştığı yerler dahil birçok verinin talep edilmesi uygulamada kural olarak ihtiyaç kapsamında sayılmaktadır. Diğer taraftan her türlü soru, sorulması meşru olan ve olmayan ayırımı açısından somut olaya göre ayrıca değerlendirilmelidir⁵³³. İşçinin kişisel verilerinin korunması işverenin gözetme borcu kapsamında değerlendirilmeli ve işçinin rızası olmadan üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır⁵³⁴.

İş sözleşme sona erdikten sonra da işveren iş ilişkisi dolayısıyla işçiye ilişkin edindiği bilgileri saklamalıdır⁵³⁵. Bununla beraber İş Kanununun sağladığı koruma oldukça sınırlıdır. 6098 sayılı Kanun md. 419'a göre 'İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır'⁵³⁶. Diğer

⁵²⁹ Aydın, s. 495.

⁵³⁰ Aydın, s. 504.

⁵³¹ Süzek, s. 267.

⁵³² Ertürk, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 64.

⁵³³ Ertürk, s. 66. Soru sorma hakkının aşılması tazminat sonucunu doğurabilecektir, bu halde culpa in contrahendo taraflar açısından davranış yükümü yaratacaktır. Bak. aynı yer.

⁵³⁴ Küzeci, s. 282.

⁵³⁵ Aydın, s. 503.

⁵³⁶ Öz, s. 78.

tarafından bu korumanın yetersiz olduğu açıktır⁵³⁷. Bu nedenle kişisel verilerin korunması kanunu gerekliliği üzerinde durulmaktadır⁵³⁸.

VI. Ücret Bakımından Çalışan Çocukların Korunması

Anayasanın ücrette adalet sağlanması kenar başlıklı maddesi, devletin çalışanların işlerine uygun ücret elde etmelerini ve sosyal yardımlardan yararlanmalarını güvence altına alacağını düzenlemektedir⁵³⁹. İş Kanunu da 32 vd. maddelerinde ücreti düzenlemiştir.

Küçük işçinin ücreti, ücretin alacaklısı kendisi olduğu için ya doğrudan kendisine ya da bankada adına açılan hesaba ödenmelidir⁵⁴⁰. Kendi başına meslek ve sanat icra eden küçükler dışında diğer küçüklerin ücretlerinin Medeni Kanun'a göre yasal temsilcilerine ödenmesi halinde işverenin borcundan kurtulacağı kabul edilmektedir⁵⁴¹.

818 sayılı Kanun konuyu ilişkin bir düzenleme içermemektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise ücreti tanımlamak yerine işverenin ücret borcunu düzenlemiştir. Buna göre, işverenler işçinin her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler. Her ödeme döneminde, işçiye hesap pusulası verilir.

İşçinin ücretini koruyucu bu hükümlere göre, işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. Ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar ise geçersizdir. Yine Kanun'un 410. maddesine göre 'İşçilerin

⁵³⁷ Aydın, s. 505.

⁵³⁸ Küzeci, s. 286.

⁵³⁹ Ertürk, s. 106.

⁵⁴⁰ Seçer, Öz, Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı, Legal-İHSGHD., 2010/28, 1447.

⁵⁴¹ Eraltuğ/Şimşek, s. 111, aktaran: Seçer, 1447. Bak. Birinci bölüm.

ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez'. Gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesi ise geçersizdir. Bu düzenlemeler TBK kapsamında sayılan çocuk çalışanlar için de geçerli olacaktır.

4857 sayılı Kanun ise genel anlamda ücreti 32. maddesinde düzenlemektedir. Buna göre genel anlamda ücret tanımlanmıştır. Diğer taraftan yetişkin işçiler gibi çocuk ve genç işçiler için de ücret ödenmemesi halinde çocuk ve genç işçilere iş görmekten kaçınma imkanı tanındığına kuşku yoktur⁵⁴².

A. Asgari Ücret

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanlarında geçerli bir genel ilke olarak eşitlik ilkesinin İş Hukukundaki ortaya çıkış biçimidir⁵⁴³. Anayasanın diğer ilkesi sosyal devlet (sosyal adalet) ilkesinin değer ölçüsü ile tartıldığında bu ilkenin sözleşme serbestisinden önce geldiği ve işçinin yararında hizmet ettiği kabul edilmektedir. Eşit davranma ilkesinin uygulama alanından biri olarak da ücret de gösterilir⁵⁴⁴.

Kural olarak asgari ücrete tabi işçiler arasında bir fark yoktur⁵⁴⁵. Ancak hukukumuzda asgari ücret 16 yaşını dolduran ve doldurmayan işçilere farklı uygulanmaktadır. Asgari Ücret Yönetmeliği'ndeki⁵⁴⁶ maddelerden kaynaklanan bu durumun Anayasal ve yasal temeli olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁴⁷.

Gerçekten de Yönetmeliğin beşinci madde başlığı 'Ücrette Eşitlik İlkesi' olup, madde metninde 'Bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinin birinci fıkrası hükmü saklı kalmak şartıyla, asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce,

⁵⁴² Bakırcı, s. 430, 431.

⁵⁴³ Tuncay, A. Can, İşçilere Eşit Davranma İlkesi ve Türkiye'de Uygulama Alanları, İstanbul 1981, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İŞ ve SGH Enstitüsü 1981 Yılı Konferanslarından Ayırbaşım, s. 75.

⁵⁴⁴ Tuncay, A. Can, Eşit Davranma İlkesi, s. 76.

⁵⁴⁵ Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2005, s. 1401.

⁵⁴⁶ Asgari Ücret Yönetmeliği, RG: 1.8.2004, No: 25540.

⁵⁴⁷ Bakırcı, s. 354 vd.; Gülmez, s. 250.

felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamaz.’ denmektedir. Saklı tutulan yedinci maddenin ilk fıkrasında ise ‘Ücret en geç iki yılda bir olmak üzere işçilerin 16 yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre ayrı ayrı belirlenir.’ denmektedir.

2001 Anayasa değişikliklerinde 55. madde hükmü ile asgari ücret saptamasında çalışanlar arasında ayırım yapılamayacağı hükme bağlanmış dolayısıyla istihdam biçimleri arasında ayırım gözetilemeyeceği kabul edilmiştir. 4857 sayılı Kanun’da buna paralel düzenleme getirerek çalışma biçimleri arasında ayırım gözetilemeyeceğini düzenlemiş ve madde 4 kapsamında sayılan istisnalarda dahi asgari ücrette farklılığa gidilemeyeceğini düzenlemiştir.

Asgari ücrette yaşa dayalı böyle bir farklılığın haklı bir temeli bulunmadığı için kaynağı ne olursa olsun eleştirilmektedir. Dolayısıyla asgari ücretteki 16 yaşından küçük, büyük ayırımına son verilmeli, söz konusu farklılık giderilmelidir⁵⁴⁸. Bu ayırım yapay olduğu kadar çocuk çalıştırmayı özendirici olduğu için de eleştirilmektedir⁵⁴⁹. Kaldı ki Yönetmelik aracılığıyla Kanun’da bulunmayan bir düzenleme getirmiş olması, üstelik bu düzenleme yoluyla ekonomik bir hakkın, asgari ücret hakkının sınırlanmış olması haklı ayrıca eleştirilmektedir⁵⁵⁰.

6098 sayılı Kanun’a göre de ‘İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür’(TBK. md. 401). Asgari Ücret Yönetmeliği ‘22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 39 uncu maddesine dayanılarak hazırlanmıştır’. Ancak Yönetmelik kapsam maddesine göre (md. 2), ‘Bu Yönetmelik hükümleri, iş sözleşmesi ile çalışan ve 4857 sayılı

⁵⁴⁸ **Karabulut**, Çalışan Çocuklar, s. 49.

⁵⁴⁹ **Tuncay**, Çalışan Çocukların İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları, s. 52 vd.

⁵⁵⁰ **Gülmez**, s. 253 vd. Ayrıca yazar, asgari ücretin insan onuruna yaraşır asgari yaşam koşullarının sağlanması açısından devreye giren bir kurum olduğunu ve bu haliyle belli yaşta küçükleri kapsam dışında tutmak için hukuki bir dayanaktan yoksun bulunduğunu savunmaktadır. Öte yandan bunun çocuk işçiliğini özendirdiğini de haklı olarak ileri sürmektedir. Bak. aynı yer.

İş Kanununun kapsamında olan veya olmayan, her türlü işçinin çalıştığı bütün işkollarını kapsar⁷. Dolayısıyla bir ayırımı gidilmeksizin asgari ücretteki yaşa dayalı bu hükmün iş sözleşmesi ile çalışan herkes için geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Deniz İş Kanunu da madde 37 hükmü ile gemiadamlarının asgari ücretlerinin, İş Kanunu'nun ilgili maddeleri gereğince tespit olunacağını düzenlemiştir⁵⁵¹.

B. Ücret Üzerinde Tasarruf Hakkı

Küçük, fiil ehliyetine sahip olmasa da hak edinme ehliyetine sahiptir. Kural olarak, sınırlı ehliyetsizler olan küçüklere ait malları yönetme ve hukuki işlem yapma yetkisi onların yasal temsilcilerine aittir⁵⁵². Yönetim yetkisinin yanı sıra yararlanım yetkisi de yasal temsilciye tanınmıştır. Bunun için TMK md. 355 gereğince nemanın öncelikle çocuğun bakımına ve ancak hakkaniyet gerektirdiği ölçüde ana babanın gereksinimlerine harcanması gerekir. Çocuğun söz malları miras yoluyla kazandıklarından, kendine bağışlananlardan ve çalışarak kazandıklarından meydana gelebilir⁵⁵³.

Diğer taraftan serbest mallarda yönetim ve yararlanım söz konusu olmaz. Bunlar yasal temsilcinin yetkisi dışında tutulmuştur. Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca serbest mallar arasında meslek ve sanat icra eden küçüğün mesleki kazancı ile meslek ve sanat icra etmek için devraldığı malvarlığı değerleri yasal temsilcinin yönetiminden ayrı tutulmuş ve bu varlıklar üzerinde sınırlı ehliyetsizin tek başına işlem yapma yetkisi olduğu kabul edilmiştir⁵⁵⁴. Bu halde mesleki kazanç, çocuk ana ve baba ile birlikte yaşıyor olsun ya da olmasın çocuğa aittir⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ **Özbek**, s. 144. Yazar gemiadamları için daha yüksek asgari ücret tespit edilmesi gerektiğini belirtmekte, bu düzenlemeyi eleştirmektedir.

⁵⁵² **Serozan**, s. 266; **Seçer**, 1448 ve orada anılan yazarlar.

⁵⁵³ **Serozan**, s. 267.

⁵⁵⁴ **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 282; **Akyüz**, s. 163; **Seçer**, 1448.

⁵⁵⁵ **Dural/Öğüz**, s. 527; **Seçer**, 1449.

Çocuğun iş gücünden sağlanan gelir en başta yine çocuğun eğitim ve bakımına harcanacak, artan miktar hakkaniyet ölçüsünde ana babaya kalacaktır⁵⁵⁶.

Diğer taraftan kazanç üzerindeki tasarruf yetkisinin iş ilişkisi üzerindeki tasarruf yetkisi ile karıştırılmaması gerekir. İş sözleşmesinin kurulması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi açısından yasal temsilcinin temsil yetkileri devam etmektedir⁵⁵⁷. Diğer taraftan küçüğün kendi kazancını aşan hukuki işlemlerin geçerliliği için de yine yasal temsilcinin onayı aranacaktır⁵⁵⁸.

Çocuğun evde ana ve babasıyla birlikte yaşaması hâlinde, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler (TMK. md. 359/2). Çocuğun ailesi ile birlikte yaşaması durumunda çocuk ana ve babasına katkıda bulunuyor ve bunun üzerine bir miktar da kendisine kalıyorsa bu para üzerinde tasarruf edebileceği kabul edilmektedir⁵⁵⁹. Diğer taraftan zorla çalıştırma halinde ana ve babaya bu kazanç üzerinde yararlanma hakkı tanınmaması gerektiği kabul edilir⁵⁶⁰.

C. Ücretin Ödenmemesine Karşı Korunma ve Ücret Güvencesi

Çocuk ve genç işçi bakımından 4857 sayılı Kanun'da ayrıksı bir düzenleme yoktur, dolayısıyla genel kural uyarınca zorlayıcı neden olmadan ücret ödeme günü 20 gün geçirilirse küçük işçinin de iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma imkanı vardır (md. 34)⁵⁶¹.

Ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 35inci maddesine göre, işçilerin aylık ücretlerinden dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir veya temlik edilemez. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre de işveren, işçiden olan alacağı ile ücret

⁵⁵⁶ Serozan, s. 270.

⁵⁵⁷ Akıntürk, Turgut, Aile Hukuku, İstanbul 2004, s. 420: aktaran, Seçer, s. 1448.

⁵⁵⁸ Seçer, s. 1449'da dn. 101.

⁵⁵⁹ Seçer, s. 1450.

⁵⁶⁰ Seçer, s. 1449.

⁵⁶¹ Bakırcı, s. 430.

borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir.

§ 6. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Değişikliği Halinde Çocuk İşçi

I. Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Değişiklik

4857 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre sözleşmede esaslı değişiklik yapılması için işçinin yazılı onayı gerekir. İş güvencesi kapsamında olsun olmasın tüm iş ilişkilerinde bu hüküm uygulama alanı bulacaktır⁵⁶². Bununla beraber İş Kanununa tabi olmayan iş ilişkilerinde bu hüküm uygulanmaz. Bu hallerde genel hükümlere gidilmesi gerekecektir.

4857 sayılı Kanun'da ise çocuk ve genç işçilerin iş sözleşmesinde işverence tek taraflı yapılan değişikliklere ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber genel kural olarak değişiklik yetkisi saklı tutulsa dahi, ölçülülük ilkesi uyarınca değişiklik yapılırken işçinin menfaatlerinin dikkate alınması, işçinin kişisel özelliklerinin ve özel yaşamının, kıdemi, yaşı ve ailevi durumunun göz önünde tutulması gerekir⁵⁶³. Konu çocuk ve genç işçiler olduğunda da esaslı değişiklik ölçütünün farklı değerlendirilmesi gerekeceği açıktır. Zira değişikliğin esaslı olup olmadığı her olayın özelliğine göre değerlendirilecektir⁵⁶⁴. Dolayısıyla iş saatlerindeki değişikliğin okul hayatıyla uyumlu olmaması, işyeri değişikliğinin çocuğun eğitimini ve sağlığını tehlikeye attığı hallerde söz konusu değişikliğin esaslı olduğunu kabul etmek gerekecektir.

⁵⁶² **Süzek**, s. 598; **Çelik**, s. 208; **Mollamahmutoglu**, s. 237. Bununla beraber belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu ise zaten işverenin değişiklik yetkisi bulunmadığından bu nedenle sözleşmenin feshi de gündeme gelmeyecektir. Bak. **Süzek**, s. 509.

⁵⁶³ **Süzek**, s. 613.

⁵⁶⁴ **Süzek**, s. 606.

Diğer taraftan Yönetmelik hükmünün çocuk ve genç işçiler için getirdiği yazılı şekil şartının doğal sonucu olarak sözleşmenin kurulması usulünün değiştirilmesinde de korunması gerekecek, dolayısıyla bu halde de yasal temsilcinin esaslı değişikliğe onay vermesi gerekecektir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. Ancak bu halde de işçinin 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açma imkanı doğacaktır.

II. Sözleşmenin Feshi ve Kıdem Tazminatına Hak Kazanma

Fesih bildirimini yenilik doğuran bir hak olduğu için ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin olmalıdır. Sözleşmeyi çocuk işçi feshetmek istediğinde bunu işverenine bildirmesi yeterli olacaktır. Zira yasal temsilcinin rızası veya icazeti çalışmaya başlamak için gerekliyse de yeterli değildir, öncelikle çocuğun rızası olmalıdır. Her koşulda çocuğun rızası hilafına çalışması başta angarya yasağı olmak üzere hukuk kurallarına aykırı olacaktır. Bu nedenle çocuk sözleşme ilişkisine son vermeyi tercih ediyorsa usule uygun bir şekilde beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla fesih hukuki sonuçlarını doğurur.

İşveren sözleşmeyi feshetmek istediğinde ise fesih beyanını kime yöneltecektir? Kanımızca fesih hakkı kişiye sıkı sıkı bağlı bir hak olduğu için her türlü fesih işleminin muhatabı çocuğun kendisidir. İşveren tarafından yapılan fesihte de beyanın çocuğa ulaşması ile fesih hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Şu kadar ki, işverenin çocuğu ve yasal temsilciyi bilgilendirme borcu geniş yorumlanarak burada da işverenin iş sözleşmesinin feshinden yasal temsilcileri haberdar etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Kıdem tazminatına hak kazanma açısından ise 4857 sayılı Kanun döneminde de yürürlükte olan 1475 sayılı Kanun'daki kıdem tazminatı başlıklı 14. madde düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır.

Kıdem tazminatı hakkının kazanılması için bu kanuna tabi işçi olunması gerekir. İşçi niteliği bulunmayan kişilerin kıdem tazminatından yararlanmaları söz konusu olmaz. Kıdem tazminatı ancak İş Kanunu'na tabi iş ve işyerlerinde çalışanların taraf olduğu hizmet sözleşmelerinin yasaca belirlenmiş nedenlerle son bulması halinde doğar⁵⁶⁵. Ölüm dışında hizmet akdinin kendiliğinden son bulması halinde kıdem tazminatı ödenmez. Örneğin kişi 50 veya daha az işçinin çalıştığı tarım işinde çalışmışsa ona İş Kanunu hükümleri uygulanmayacağı için toplu sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla İş Kanunu'na göre kıdem tazminatı istenemez⁵⁶⁶.

Diğer taraftan bir iş sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdirildiği durumlarda hizmet ilişkisinin sonuçları göz önünde bulundurulur⁵⁶⁷. Konu yaş nedeniyle kanuna aykırı bir iş sözleşmesi kurulması halinde önem kazanmaktadır. Örneğin doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma hafta tatili ve bayram ve genel tatil ücretlerinin ve yıllık ücretli izin hakkından işveren sorumlu tutulur. Bununla beraber kamu düzeniyle yakın ilişki nedeniyle kıdem tazminatının hizmet sözleşmesinin geçersizliği halinde söz konusu olmayacağı savunulmuştur⁵⁶⁸.

Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında⁵⁶⁹ 13 yaşından önceki çalışmalar için kıdem tazminatının ödenemeyeceğini hükme bağlamıştır. 1475 sayılı Kanun

⁵⁶⁵ Günay, s. 2363; Çenberci, s. 337.

⁵⁶⁶ Günay, s. 2363 vd.

⁵⁶⁷ İçtihadı Birleştirme Kararı RG: 30.09.1958, No:10020.

⁵⁶⁸ Günay, s. 1746. Yargıtay bir diğer kararında da 3551 sayılı Kanun'a göre çıraklık okulunda geçen ve borçlanılan sürelerin, bu süreler hizmet akdine dayanmadığı için kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaması gerektiğine karar vermiştir. Bak. 9.HD, 9.9.1991, E. 1991/6572, K. 1991/11352: Günay, s. 1746 vd.

⁵⁶⁹ Yarg. HGK. 3.4.1991, E.1991/9-107, K.1992/168. Diğer taraftan 1475 sayılı Kanun 18 yaşını tamamlayan çıraklar için İş Kanunu'nun uygulanacağını ön gördüğü için kararda, 18 yaşına kadar çıraklıkta geçen sürenin kıdem tazminatında hesaba katılmayacağı, 18 yaşından sonraki sürelerin ise hesaba katılacağı belirtilmektedir. 4857 sayılı Kanun ise çıraklığı yaş ayırımı yapmaksızın İş Kanunu'nun uygulama alanından çıkarmıştır. Direnme kararına rağmen HGK bu yönde karar vererek davacının 18 yaşını doldurduğu 1979 yılından 1985'te sözleşmenin sona erdiği tarihe

döneminde asgari çalışma yaşının kural olarak 15, hafif işler içinse 13 olarak belirlendiği dönemde verilen kararda, ‘Küçüklerin belli bir yaştan önce çalıştırılmaları yasağını koyan İş Kanunu’nun bu hükümleri koruyucu olup aynı zamanda kamu düzeni ile ilgilidir. Bu kurallar uyarınca, 15 yaşından ve kimi koşullarda hafif işlerde 13 yaşından küçük çocuklarla hizmet sözleşmesi kurulması olanağı yoktur. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Anılan buyurucu kurallara aykırı biçimde yapılan bir iş sözleşmesinin de ya da görülen hizmetin İş Kanunu’nun kapsamı dışında kalması kaçınılmazdır.’ denilmektedir⁵⁷⁰. Oysa kararda belirtildiğinin aksine baştan itibaren geçersizlik söz konusu değildir, zira konuya ilişkin 1958 tarihli İBK⁵⁷¹ geçersizliğin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağını belirtmektedir. Karar metninin gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla yüksek mahkeme baştan itibaren geçersizliğe dayanarak kıdem tazminatı alacağını oluşmadığına karar vermiştir.

Konuya ilişkin verilen başka bir kararda arada geçerli bir iş sözleşmesi bulunması gereği tekrar edilmiştir. Buna göre taraflar arasında hüküm ve gücünü yürütmüş bir iş sözleşmesi bulunmalıdır. Yargıtay 4. HD.’nin 11.9.1958 tarihli kararından hareketle bu sonuca gidilmektedir⁵⁷². Olayda belli hallerde yabancı uyruklu işçilerle yapılan ve geçerli olmayan bir iş sözleşmesi söz konusudur, dolayısıyla ‘(...) muteber olmayan akit sebebiyle hak ve borç doğmamış olacağından, (...) bir hak istenmesi söz konusu olmaz.’ denmiştir. Ancak bu olayda kanuna aykırı kurulan iş sözleşmesinin niteliğine bakmak gerekmektedir⁵⁷³. Oysa çocuk ve genç işçilerle yapılan iş sözleşmesine ilişkin Hukuk Genel Kurulu’nun vermiş olduğu kararda iş sözleşmesinin niteliği farklılık göstermektedir. Dolayısıyla çocuk ve genç işçilerle yapılan iş sözleşmesinin niteliği ile çalışma izni olmayan yabancılar ile yapılan iş sözleşmesinin niteliği birbirinden farklıdır. Çocuk ve genç işçilerle

kadar kısım için İş Kanunu’nun yürürlükte olması sebebiyle kıdemi işletmiştir. Bak. **Günay**, s. 2397 vd.

⁵⁷⁰ **Günay**, s. 2397.

⁵⁷¹ İçtihadı Birleştirme Kararı RG: 30.09.1958, No:10020.

⁵⁷² Yarg. 4. HD., 11.9.1958 tarih ve 7336 E., 5560 K: **Çenberci**, s. 338.

⁵⁷³ Bu karara karşılık kanuna aykırı kurulmuş iş sözleşmelerinin özelliklerinin göz önünde tutulması gereği Çenberci tarafından da belirtilmiştir. Bak. s. 338 vd.

yapılan iş sözleşmeleri ileriye etkili olarak iptal edilirken söz konusu yabancılarla yapılan iş sözleşmeleri baştan itibaren geçersiz sayılmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın kıdem tazminatına ilişkin olarak vardığı aynı sonuç kanımızca yerinde değildir. 1958 tarihli İBK'ndan da hareketle çocuk ve genç işçilerin iş sözleşmelerinin ileriye etkili olarak geçersiz sayılacağını ve bu nedenle çalıştıkları süreye ilişkin tüm hakların içinde kıdem tazminatı alacağını da sayılması gerektiği kanısındayız.

Kıdem tazminatına ilişkin maddenin belirgin olarak işçi yararına olduğuna ve kamu düzeni düşüncesiyle konulduğuna kuşku yoktur⁵⁷⁴. Zira yüksek mahkemeye göre de 'iş hukuku alanında yasaklayıcı kamu kurallarına dayanan geçersizlik, ilke olarak önceye etkili olmayıp geleceğe yönelir ve her halde sonradan durum kanunileşmişse artık sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemez.'⁵⁷⁵ Bu halde geçersiz olarak kurulmuş bir iş sözleşmesi söz konusu olsa dahi iş hukuku kuralları gereğince çocuk ve gençlerin kıdeminin hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle kıdem tazminatı her ne kadar kamu düzeni ilişkili olsa da çocuğun yararının da kamu düzeninden ayrılamaz karakteri göz önünde bulundurularak iş sözleşmesinin niteliği dikkate alınmalı ve kanımızca, bu süreler kıdem hesabında dikkate alınmalıdır.

§ 7. Sendikal Haklar Bakımından Çalışan Çocukların Korunması

1982 Anayasası herhangi bir yaş ayrımı yapmada çalışanların ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahip olduğunu belirtmiştir (AY md. 51). Böylece sendika hakkının çerçevesi de Anayasa tarafından çizilmiş olmaktadır.

⁵⁷⁴ Çenberci, s. 328.

⁵⁷⁵ Bak. Yarg. 9. HD., 9.4.1970, E. 1555, K. 3438: Çenberci, s. 51.

Sendikalar Kanunu'nun 21. maddesi öğrencilerin sendika üyeliğini yasaklamaktaydı. 25.5.1998 tarihli ve 3449 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ilk olarak öğrenciler bu kapsamdan çıkarılmıştır⁵⁷⁶. Sendikalar Kanunu bakımından 16 yaşını dolduranlar Sendikalar Kanunu bakımından işçi sayılıyorlarsa, sendika üyesi olma hakkına sahiptir. 16 yaşını doldurmamış işçilerin üyeliğini yasal temsilcinin yazılı iznine tabidir. Bu ise çocukların hak ve özgürlüklerini sınırladığı için eleştirilmektedir⁵⁷⁷. Sendikalar Kanunu Taslağında sendikaya üyelik sınırının asgari çalışma yaşı ile uyumlulaştırılması tartışılmaktadır.

Diğer taraftan Sendikalar Kanununun 5. maddesine göre, sendikalara kurucu olabilmek için medeni hakları kullanmaya ehil olmak gerekir. Bu şarttan kural olarak 18 yaşın doldurmuş olması anlaşılmalıdır. Ancak evlenme ile veya mahkeme kararıyla reşit kılınma halinde 18 yaşından küçüklerin de kurucu olabilmeleri gerekir⁵⁷⁸.

Görüldüğü üzere 16 yaşını doldurmamış olmakla beraber yasal olarak çalışma hayatının içinde yer alan çocuk ve genç işçiler kanuni temsilcilerinin izniyle sendikaya üye olabilirler (SenK md. 20). Ancak sendikaya üye olsalar bile sendika genel kurulunda oy kullanamaz ve delege olamazlar (SenK md. 14/son). Bu düzenlemenin yerinde olduğu öğretide kabul görmektedir⁵⁷⁹. Bu görüşe göre delege seçilen kişinin sendika yönetimine de seçilme hakkı doğacağından tam fiil ehliyeti olmayan kişinin delege seçilmesinin doğru olmayacağı belirtilmektedir. Diğer taraftan bu konularda uluslararası hukukla uyumlu yasa düzenlemelerin yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Bugün sendika yasakları sadece asker kişiler için devam etmektedir. Bak. **Tuncay**, Toplu İş Hukuku, s. 75.

⁵⁷⁷ **Bakırcı**, s. 362; **Şahin**, s. 197.

⁵⁷⁸ **Tuncay**, Toplu İş Hukuku, s. 43; **Çelik**, 446.

⁵⁷⁹ **Tuncay**, Toplu İş Hukuku, s. 50; **Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen**, s. 333.

⁵⁸⁰ **Şahin**, s. 197 vd.

Bununla beraber meslek ve sanat icra eden çocukların buna paralel işlemleri de yapabileceğinden hareketle yasal temsilcinin yazılı onayı olmadan sendika üyesi olabilmeleri gerekir. Bununla birlikte sendika üyesi olmanın alt sınırı Kanunda gösterilmemiştir⁵⁸¹. Bu durumda Sendikalar Kanunu bakımından işçi sayılanların tabi oldukları asgari çalışma yaşı düzenlemeleri, sendikal haklardan bakımından da bağlayıcı sayılmalıdır.

Sendika üyesi olan çocuk çalıştığı işyerini kapsama alan ve üyesi olduğu sendikanın tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden diğer üyelerle aynı koşullarla yararlanır (TİSGLK md. 9). Sendika üyesi olmayan çocuk ise dayanışma aidatı ödeyerek TİS hükümlerinden yararlanacaktır⁵⁸².

Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinden ancak taraf sendikaya üye veya dayanışma aidatı ödeyen işçi yararlanabilir. Bu halde işçi konumunda olmayan çırakların ve stajyerlerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir⁵⁸³. Bununla birlikte parasal nitelikte olmayan ancak işyerinin işleyişiyle ilgili menfaatlardan, örneğin servis aracı, yemekhane, ara dinlenmesi ve çalışma süreleri gibi imkanlardan üye olmayan işçiler gibi yararlanacaklardır⁵⁸⁴.

§ 8. Sosyal Güvenlik Hakkı Bakımından Çalışan Çocukların Korunması

Sosyal güvenlik politikaları ulusal sosyal politikaların birer parçasıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi her çocuğun sosyal sigorta dahil çocuğun sosyal güvenlik hakkı olduğunu bu hakkın tam olarak tanınması için devletin uygun önlemleri alması gerektiğini belirtir (md. 26). Anayasanın madde 41 ve 61 hükümleri de bunu destekler⁵⁸⁵. Buna paralel olarak bu başlıkta, çocuk ve genç işçilere ilişkin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁵⁸⁶ düzenlemeleri

⁵⁸¹ **Tuncay**, Toplu İş Hukuku, s. 71.

⁵⁸² **Baştürk**, s. 253.

⁵⁸³ **Tuncay**, Toplu İş Hukuku, s. 207.

⁵⁸⁴ **Çelik**, İş Hukuku, s. 108; **Tuncay**, Toplu İş Hukuku, s. 207.

⁵⁸⁵ **Akyüz**, Çocuk Hukuku, s. 225.

⁵⁸⁶ RG: 16.6.2006, No: 26200.

incelenecektir. Dolayısıyla çalışan çocuklar açısından diğer çalışanlarla farklı düzenleme getirilmemiş hükümler incelemenin kapsamı dışındadır. Aşağıdaki bölümde bu Kanun'un çalışan çocuklara ilişkin ayrıksı düzenlemeleri ele alınacaktır.

I. Çocuk ile Çalışan Çocuk Ayırımı

5510 sayılı Kanun'un md. 3/10b hükmündeki çocuk ifadesi soybağını karşılamaktadır. Buna göre genel sağlık sigortalısının 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim ve mesleki eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın evli olmayan engelli çocukları bakmakla yükümlü olduğu kişiler arasındadır.

Diğer taraftan yapılan son düzenlemelerle 18 yaş ve altındaki tüm çocuklar sağlık sigortasından koşulsuz yararlandırılır. Buna göre ana babasının tescil edilip edilmemesine, primlerin ödenip ödenmemesine, 30 günlük staj süresine bakılmaksızın çocuk sağlık hakkından yararlandırılır⁵⁸⁷. Diğer taraftan prim ödeme şartının aranmaması ana babanın prim ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bununla beraber 18 yaşından küçük çocuğun ana babası ölmüş veya gaipliğine karar verilmişse 18 yaşına kadar primi devlet ödemekle yükümlüdür⁵⁸⁸.

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından koruma altında olan çocuklar da genel sağlık sigortası kapsamında sayılır (5510 sayılı K. md. 60/c7). Buna göre 2828 sayılı Kurum Kanunu'na göre, "Korunmaya Muhtaç Çocuk"; beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; 1. Ana veya babasız, ana ve babasız, 2. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, 3. Ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen,4. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız

⁵⁸⁷ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 226.

⁵⁸⁸ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 226.

bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuğu ifade eder. Dolayısıyla bu çocuklar genel sağlık sigortalısı sayılacaktır.

Boşanmış ana babanın çocuklarının sosyal güvenliği velayet hakkı verilen ebeveyn üzerinden sağlanacaktır. Diğer taraftan kuruma verilecek bir dilekçeyle belgelenmesi halinde velayet hakkı verilmeyen ebeveyn üzerinden de sağlık hizmeti, yol gideri, gündelik ve refakatçi hakları sağlanabilir⁵⁸⁹.

Çalışan çocukların sosyal güvenliği ise Kanun'un kapsam maddesi içinde girmeleri şartıyla 5510 sayılı Kanun tarafından sağlanacaktır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu sosyal güvenlik reformunun sonucu olarak sosyal güvenlikte teklik esasını getirmek amacıyla yürürlüğe girmiştir⁵⁹⁰.

Bununla beraber 5510 sayılı Kanun sigortalı sayılanları ayrıca düzenlemiştir. 5510 sayılı Kanun'a tabi sigortalılar Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre iş sözleşmesine dayanarak bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar md. 4/I(a) bendi uyarınca sigortalı sayılmıştır⁵⁹¹. Kanun hizmet akdinin de tanımını yapmıştır (md. 3/11). Geçerli olmayan bir hizmet sözleşmesine dayanılarak yapılan çalışma söz konusu ise çalışan kişi, geçersizliğin saptandığı tarihe kadar sigortalı sayılacaktır. Bu halde sigortalılık geçmişe değil geleceğe yönelik olarak sona erecektir⁵⁹².

Hizmet sözleşmesinin hukuken geçersiz hizmet sözleşmelerine dayanan ilişkileri de kapsayacak şekilde yorumlanması kanunun amacına da uygun sayılmıştır⁵⁹³. Bu halde daha önce üzerinde durulmuş olan kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak çocuklarla kurulmuş iş sözleşmeleri iptal anına kadar geçersiz sayılacak,

⁵⁸⁹ **Akyüz**, Çocuk Hukuku, s. 227. Bak. 2008/86 sayılı Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Genelgesi, B.

⁵⁹⁰ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 36 vd.; **Tuncay/Ekmekçi**, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, s. 73 vd.

⁵⁹¹ **Tuncay/Ekmekçi**, s. 212; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 95 vd.

⁵⁹² **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 100 vd. ve orada anılan Yargıtay kararları.

⁵⁹³ **Tuncay/Ekmekçi**, s. 215.

ancak İş Hukuku mevzuatına aykırı olarak kurulan bu sözleşmeler söz konusu olduğunda dahi 5510 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır.

II. Kısa Vadeli Sigorta Kolları Açısından Hak Sahipliği

A. Kısmen Sigortalı Sayılanlar

5510 sayılı Kanun'da sadece belirli sigorta kollarına tabi sigortalılar ayrıca öngörülmüş olup bunlara kısmen sigortalı sayılanlar denilmektedir. Tez kapsamında bu grupta bulunan aday çırak, çırak ve stajyerler ile staja tabi tutulan öğrenciler incelenecektir.

5510 sayılı Kanun'a göre 3308 sayılı Kanun'da belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler iş kazaları ve meslek hastalıkları ile hastalık sigortasından yararlanırlar (5510 sK md. 5/b, 3308 sayılı MEK md. 25)⁵⁹⁴. Yine 5510 sayılı Kanun'un md.5/c hükmü ile sosyal güvenlik hukukumuzda ilk kez yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi öğrenciler de bu kapsama alınmış ve iş kazaları ve meslek hastalıkları ile hastalık sigortası hükümlerinden 4/I (a) bendi ile çalışanlar gibi yararlanmaları sağlanmıştır⁵⁹⁶. 5510 sK'a göre genel sağlık sigortasından yapılacak sağlık yardımları ile kısa vadeli sigorta kollarından yapılacak parasal yardımlar farklı düzenlendiği için bu kişilerin artık sadece kısa vadeli sigorta kollarının sağladığı parasal yardımlardan yararlanacakları kabul edilmektedir⁵⁹⁷. Genel sağlık sigortası hükümlerinden ise 5510 sK. md. 60 uyarınca yararlanacaklardır.

⁵⁹⁴ **Tuncay/Ekmekçi**, s. 212 vd.; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 95 vd; **Uşan**, F., Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s. 100.

⁵⁹⁵ 5510 sayılı Kanun dönemi ile öncesindeki 506 sayılı Kanun düzenlemeleri birbirinden farklıdır. Karş. 506 sayılı SSK md. 3/II B. Ayrıntılı bilgi için bak. **Uşan**, Çıraklık Sözleşmesi, s. 25 vd., 133.

⁵⁹⁶ **Uşan**, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 100.

⁵⁹⁷ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 133 vd.

1. Çıraklar

3308 sayılı MEK hükümlerine göre md. 25/4 f.5'e göre iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından ölüm halinde eş ve çocuklarla ana ve babaya gelir bağlanmasına ve hastalık halinde aile bireylerine sağlık yardımı yapılmasına ilişkin 23. ve 24. maddelerinin çıraklarla, işletmelerde mesleki eğitim gören öğrencilere uygulanmayacağı hükmüne bağlanmıştır⁵⁹⁸. Bu hüküm sosyal güvenlik prensipleri açısından eleştirilmiştir. 5510 sayılı Kanun ise böyle bir hüküm içermediği için aynı konuyu düzenleyen sonraki Kanun olan 5510 sK uygulama alanı bulmalı ve bu kişilerin hak sahiplerine de iş kazası sonucu ölüm halinde ölüm geliri bağlanmalıdır⁵⁹⁹. Buna göre ölüm halinde eş ve çocuklarla ana ve babaya gelir bağlanmasına ve hastalık halinde aile bireylerine sağlık yardımı yapılmasına ilişkindir.

6111 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile 5510 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi değiştirilmiştir. Buna göre; 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler hakkında yine iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası hükümleri uygulanmaya devam edilecektir. Yeni düzenleme ile aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrencilerden “bakmakla yükümlü olunan kişi” durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, bu kişilerin sağlık yardımlarından yararlanıp yararlanmayacakları genel sağlık sigortalısı olup olmadıklarına bakılarak somut olaya göre değerlendirilecektir.

3308 sayılı Kanun kapsamında olmayan çırakların sosyal güvenliği ise tartışmalıdır. Hatırlamak gerekirse konu, 506 sayılı SSK md. 3/II B düzenlemesi sebebiyle, çıraklara ilişkin özel kanuni düzenleme getirilmeden önce öğretilen

⁵⁹⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 133; Yürekli, Çıraklık, s. 1075; Uşan, s. 26. Ayrıca bak. Aday Çırak, Çırak ve İşletmelerde Beceri Eğitimi Gören Öğrencilerin Sigorta İşlemleri Hakkında Yönetmelik, md. 18.

⁵⁹⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 134.

tartışılmıştı. Sonrasında ise, önce 2089 sayılı Kanun, ardından da 3308 sayılı Kanun ile özel kanuni düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. 1475 sayılı Kanun düzenlemesi nedeniyle bu dönemde 18 yaşını dolduran çırakların İş Kanunu'na tabi sayıldığını belirtilmişti, bunlar gibi Borçlar Kanunu kapsamındaki çıraklar da özel kanun kapsamı dışında kalmıştır. Özel kanunların düzenlemeleri dışında kalan çıraklara da SSK md. 3/II B hükmünün uygulanabileceği öğretide ileri sürülmüştü. Bununla birlikte aksi görüşteki yazarlarca, özel Kanun kapsamına girmeyen çırakların sigortalı sayılmaması gerektiği de savunulmuştur⁶⁰⁰. Dolayısıyla halihazırda 5510 sayılı Kanun konuya açıklık getirmediği için hala bir düzenleme boşluğu söz konusudur. Sosyal sigortalar uluslararası hukukta da devletin takdirine bırakılmış bir alan gibi gözüktüğü için boşluklar kanun koyucu tarafından doldurulmalıdır⁶⁰¹.

2. Mesleki Eğitim Gören Öğrenciler ve Stajyerler

5510 sayılı Kanun dönemi öncesinde sosyal sigortalarından kapsamında olmayan stajyerler de aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki öğrenim gören öğrenciler gibi kapsama alınmıştır. 5510 sayılı Kanun ile ilk olarak meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi tutulan öğrenciler⁶⁰² iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına dahil edilmiştir (5510 sK md. 5/b). Bu dönemde, Kanun kapsamındaki stajın sadece zorunlu stajyerlik halini kapsadığı belirtilmiştir⁶⁰³.

2011 yılında 6111 sayılı Kanun⁶⁰⁴ ile yapılan değişiklik ile 5510 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinden stajyer öğrencilerin sigortalı

⁶⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bak. Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, s. 25 vd.

⁶⁰¹ Bu konuda Uşan'ın 506 sayılı Kanun döneminde belirttiği sosyal devlet ve sosyal güvenlik ilkesine uygun düzenleme yapılması gereği devam etmektedir. Bak. Aynı yazar, Çıraklık Sözleşmesi, s. 28; Yürekli, s. 1075.

⁶⁰² Stajyer tanımı için bak. Birinci Bölüm, s. 73 vd.

⁶⁰³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 134. Diğer taraftan öğrencinin işyerindeki faaliyeti bir mesleğe ilişkin deneyim kazanılmasından ziyade hizmet ve mal üretimine yönelmişse artık bu kişinin tüm sigorta kollarına tabi olması gerekir. Bak. Aynı yazar, s. 134.

⁶⁰⁴ RG: 25.2.2011, No: 27857 (Mükerrer).

sayılmasında aranan en önemli şart olan “zorunlu staj” koşulu kaldırılmıştır. Artık, zorunlu olsun ya da olmasın işyerlerinde staj yapan öğrenciler kısmen sigortalı sayılacaktır.

Yapılan değişikliğe göre; meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler hakkında eskiden olduğu gibi “iş kazası ve meslek hastalığı sigortası” uygulanmaya devam edilecektir. Adı geçenler yine 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

Meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrencilerden “bakmakla yükümlü olunan kişi” durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla anne veya babaları üzerinden sağlık hak sahiplikleri yok ise kendileri genel sağlık sigortalısı sayılacak ve Kurumca finanse edilen sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir.

3. Üniversitelerde Kısmi Zamanlı Çalışan Öğrenciler

Üniversitelerde 2547 sayılı Kanun⁶⁰⁵ uyarınca geçici nitelikteki işlerde iş gücü ihtiyacını karşılamak için öğrenci çalıştırıldığı görülmektedir. Üniversitelerde kısmi zamanlı çalışan bu öğrencilerin kısmen sigortalı sayılması 506 sayılı Kanun döneminde tartışılmıştır. 5838 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 5510 sayılı Kanun’un 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine “meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi tutulan öğrenciler” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46 ncı maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82 nci maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar” ibaresi eklenmiştir.

⁶⁰⁵ RG: 6.11.1981, No:17506.

5510 sayılı Kanun'da 5838 sayılı Kanun'un yaptığı değişiklik ile bu öğrencilerden (2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 46ncı maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden) ‘...(a)yılık prime esas kazanç tutarı, 82nci maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır ve bu bentte sayılanlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.’ hükmü getirilmiştir. Böylece bu öğrencilerin tam sigortalı olmaları sona ermiştir⁶⁰⁶.

Diğer taraftan Kanun düzenlemesinin karşıt anlamından, aylık prime esas kazancı asgari ücretin üzerinde olan kısmi zamanlı öğrencilerin tüm sigorta kollarından yararlanabileceği sonucu çıkabileceği için düzenleme eleştirilmektedir. Amacın sadece faaliyetleri nedeniyle çeşitli risklere maruz kalma ihtimalleri üzerine bu öğrencilerin iş kazası ve meslek sigortasından yararlanmalarını sağlamak olduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁷.

Diğer taraftan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan 2009 değişikliği ile ‘Kısmi zamanlı olarak çalıştırılan öğrencilere bir saatlik çalışma karşılığı ödenecek ücret, 4857 sayılı İş Kanunu gereğince 16 yaşından büyük işçiler için belirlenmiş olan günlük brüt asgari ücretin dörtte birini geçmemek üzere, üniversite yönetim kurulu tarafından belirlenir.’ hükmü getirilmiştir. Bu halde aylık prime esas kazancın asgari ücretin üzerinde belirlenmesi ihtimali kalmamıştır.

2011 yılında 6111 sayılı Kanun⁶⁰⁸ ile yapılan değişiklik ile 5510 sayılı Kanunun 80 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (k) bendi eklenmiştir. Buna göre, 2547 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı 82 nci maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz

⁶⁰⁶ Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 101.

⁶⁰⁷ Tuncay/Ekmekçi, s. 228 vd.

⁶⁰⁸ RG: 25.2.2011, No: 27857 (Mükerrer).

katından fazla olmayanlar ile kursiyerlerin prime esas günlük kazançlarının hesaplanmasında prime esas günlük kazanç alt sınırı dikkate alınır. Şu kadar ki, gelir testi sonucu, aile içindeki gelirleri asgari ücretin altında kalan genel sağlık sigortalılarının bu sürelerde gelir testi sonucuna göre ödemeleri gereken tutarların üzerinde yaptıkları ödemeler herhangi bir faiz uygulanmaksızın iade veya mahsup edilir.

B. Bildirim Süreleri Açısından

İşveren yükümlülükleri açısından bildirim sürelerinde 3308 sayılı Kanun'da belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler, meslek liselerinde okuyanlar, yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler için farklı düzenleme getirilmiştir. 5510 sayılı Kanun md. 5/b bendine tabi olan 3308 MEK kapsamındaki aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler, meslek liselerinde okuyanlar, yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrencilerin işe giriş bildirgeleri Kuruma bildirimleri de eğitim kurumlarınca staja veya mesleki eğitime başladıkları tarihten önce yapılmalıdır⁶⁰⁹. Diğer taraftan, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'ne⁶¹⁰ göre bu kişilerin ‘... (s)igortalılığı eğitim veya öğretimlerinin/staj sürelerinin bittiği tarihten itibaren sona erer ve bu tarih, eğitim ve öğretim gördükleri kurumlarca, on gün içinde sigortalı işten ayrılış bildirgesi ile Kuruma bildirilmelidir (SSİşl. Yönt. md. 14/4)⁶¹¹.

III. Uzun Vadeli Sigorta Kolları Açısından Hak Sahipliği

5510 sayılı Kanun'a göre uzun vadeli sigorta kollarından biri olan maluliyet sigortasından yararlanmanın belli şartları vardır (md. 26). Buna göre sigortanın geçmesi için gerekli 10 yıl sigortalı olma şartı 18 yaşından itibaren başlayacaktır. Oysa sigortalılık ilişkisinin başlaması için diğer sigorta kolları açısından böyle bir

⁶⁰⁹ Tuncay/Ekmekçi, s. 187; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 125.

⁶¹⁰ RG: 12.5.2010, No:27579.

⁶¹¹ Tuncay/Ekmekçi, s. 194; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 129.

şart aranmamaktadır. O halde bu ayrımcılığın işgücü politikaları veya mesleki eğitim alanında belirlenmiş olan hedeflere ulaşılması için olumlu bir araç olup olmaması ve haklı temellerinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Bu noktada Alman Medeni Kanununda ihbar sürelerinin hesaplanmasında işçinin 25 yaşından önceki çalışma sürelerinin dikkate alınmayacağına ilişkin hükmün topluluk hukukuna aykırı şekilde yaş nedeniyle haksız bir ayrımcılık oluşturduğuna ilişkin Avrupa Adalet Divanı kararı önemlidir⁶¹².

Kararda, 2000/78 sayılı Yönerge gereği istihdam, işgücü politikaları veya mesleki eğitim alanında belirlenmiş olan hedeflere ulaşılması için olumlu bir araç olması halinde ve haklı temelleri varsa yaş nedeniyle farklı uygulamanın kabul edilebileceğini, bununla beraber olayda buna ilişkin herhangi bir gerekçe bulunmamasından hareketle salt yaş nedeniyle dezavantajlı bir durum söz konusu olduğu belirtilmiştir.

Bununla beraber yine başka bir kararda⁶¹³ dava konusu olayda yangına müdahale etmesi beklenen itfaiye erlerinin istihdamında otuz yaş sınırı getirilmesi, bu yaşın üstündeki kişilerin istihdam edilmeyecek olmasına ilişkin hükmün topluluk hukukunu ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Kararda geçen ‘esas itibariyle meslek icrasında ve istihdamda yaş ile ilgili bir ayrımcılığın getirilmesi olanak dahilinde değildir ancak sağlığın korunması ve istihdam ve işgücü hedefleri kapsamında gerekli olması halinde yaş sınırlamasına gidilebileceği’ yönündeki ifadeler önemlidir. Yine aynı kararda somut olaya göre yerel mahkemenin karar vermesi gerektiği belirtilmiştir.

Bununla birlikte 2000/78 sayılı Yönerge 6/2 hükmü ile cinsiyete dayalı ayrımcılığa yol açmadıkça aktüeryal hesaplarla belirlenen yaş ölçütünün

⁶¹² Sayı: C-555/07, Karar tarihi: 19.10.2010, Çev.: **Alpay Hekimler**, Avrupa Adalet Divanı Alman Federal Mahkeme Kararları, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26) s. 527–529. Bak. BGB § 622 (2).

⁶¹³ C-229/08 ve C-341/08, Karar tarihi: 12.10.2010, Çev.: **Alpay Hekimler**, Avrupa Adalet Divanı Alman Federal Mahkeme Kararları, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26) s. 529–530.

kullanılmasının yaşa dayalı ayrımcılık oluşturmayacağını hükme bağlamıştır⁶¹⁴. Emeklilik yardımlarına hak kazanmak için belli yaşın belirlenmesi mümkündür⁶¹⁵. Ancak burada söz konusu olan kısa vadeli sigorta kolları devredeyken çalışmakta olan genç işçinin maluliyet sigortasının 18 yaşından itibaren başlamasıdır ki bunun objektif olarak haklılaştırılması gerekmektedir. Yönergenin 6. maddesi yaş nedeniyle farklı işlem yapmanın ayrımcılık oluşturmamasına karar verebileceğini düzenlemekle beraber yine de meşru ve haklı nedenlerin objektif olarak ortaya konmasını arar⁶¹⁶.

Türk Hukuku açısından da aktüeryal dengeler gözetildiğinde dahi 10 yıl iş yasalarına göre çalışılmış olduğu halde sürenin 18 yaştan itibaren başlatılmış olması sebebiyle bu sigorta kolundan yararlanamamanın haklı temelleri olduğunu savunmak güç görünmektedir. Bu nedenle hüküm doktrinde de eleştirilmektedir⁶¹⁷.

IV. Sigortalı Sayılmayanlar

5510 sayılı Kanun ile 4. maddeye birçok istisna getirilmiştir (md. 6). Bu maddeye göre kural olarak Kanun kapsamında bırakılanlar bazı sigortalılık halleri için tekrar kapsama alınmışlardır⁶¹⁸. Buna göre 5510 sayılı Kanun'un 4/I(b) ve 4/I(c) kapsamında sigortalı sayılması gerekenlerden 18 yaşını doldurmamış olanlar sigortalı sayılmazlar (md. 6/I h).

Aynı maddenin 6/II hükmü ile bir meslek ve sanat okulunu bitirip de öğrenimleri ile ilgili görevde çalışanlar (yani 4/I(b) veya 4/I(c) kapsamında bir faaliyette bulunanlar), eğer 4721 sayılı Medeni Kanun'a göre ergin kılınmışlarsa on sekiz

⁶¹⁴ Yıldız, s. 154.

⁶¹⁵ İren, s. 144.

⁶¹⁶ İren, s. 144 vd.

⁶¹⁷ Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 317; Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2009, yazarlar s. 421'de on yıl sigortalılık bulunması şartını başlı başına hakkın özünü zorlaştıran bir şart olarak değerlendirmektedir.

⁶¹⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 119.

yaşını doldurma şartı bu kişiler için aranmayacaktır. Burada belirtilmesi gereken md. 6/I h hükmünün sadece yaptıkları faaliyet nedeniyle 4/I(b) ve 4/I(c) kapsamına girmesi gereken kişilere ilişkin olduğudur, eğer on sekiz yaşını doldurmamış kişi iş sözleşmesine dayanarak çalışıyorsa 4/I(a) kapsamında çalışmasına bir engel olmadığına kuşku yoktur⁶¹⁹.

Bunun dışında 6ncı maddenin bentlerine göre, tarımda süreksiz çalışan işçiler (6/I ı) ile ev hizmetlerinde çalışanlar (6/I c) işçi niteliği taşısa da özel hüküm gereği kapsam dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla bu işlerde çalışan çocuklar da kendileri adına sigortalı olamayacaklardır. Sosyal korumaya fazla gereksinim duyan bu kesimin sosyal sigortaların kapsamı dışında tutulması da eleştirilmektedir⁶²⁰.

Ev hizmetlerinde çalışanlar ise evde çalışan ve aile bireyleri dışında kalan kimselerdir. Bununla beraber aynı konutta yapılan işlerde, konutta birlikte yaşayan ve üçüncü dereceye kadar hısımlar olanlar sigortalı sayılmayacaklardır (md. 6/I b). Bu işler de çalışan çocuklar da dolayısıyla sigortalı sayılmayacaktır. Bununla beraber evde yapılan işlerin niteliğinin önem taşıdığı, bunlardan 4857 sayılı Kanun md. 4/d hükmündeki ‘konut içinde yapılan el sanatları’nın anlaşılması gerektiği savunulmaktadır⁶²¹.

Resmi meslek ve sanat okullarıyla yetkili resmi makamların izniyle kurulmuş bu nitelikteki eğitim kurumlarında, o meslek ya da sanatı öğretme amacıyla uygulamalı yürütülen yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrenciler de sigortalı sayılmazlar (md. 6/I f). Burada hizmet sözleşmesi ya da sigortalılık hali doğuran bir faaliyet söz konusu olmamakla beraber bu öğrencilerin iş kazası ve meslek hastalıkları ile karşılaşma riski fazla olduğu için hüküm öğretide eleştirilmektedir⁶²². Bu nedenle öğrenimin doğal sonucu kabul edilmesine olanak

⁶¹⁹ Tuncay/Ekmekçi, s. 242.

⁶²⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 122.

⁶²¹ Tuncay/Ekmekçi, s. 228; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 121; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 109.

⁶²² Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 124.

bulunmayan ve öğrencinin işgücünden faydalanılan üretim ve yapım işlerinde çalışan öğrencilerin, işin okulda yapılmasına bakılmaksızın sigortalı sayılması gerektiği savunulmaktadır⁶²³.

3308 sayılı Kanun kapsamındaki öğrencilerin ise iş kazası ve meslek hastalıkları ile (genel sağlık sigortalısı olup olmalarına göre) hastalık sigortası hükümlerinden yararlanacaklarına kuşku yoktur.

⁶²³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 124; Çenberci, s. 69.

GENEL DEĞERLENDİRME

Uluslararası düzenlemelerde çocuk işçi kavramının sadece ILO tarafından tanımlandığını, kimi zaman ILO tarafından toplanan verilerde dahi bu tanımdan sapıldığı görülmektedir. Kural olarak uluslararası düzenlemelerde asgari yaşın altında çalışanlar çocuk işçi sayılmış ve çoğu düzenlemede en kötü çalışma biçimlerindeki çocukları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Buna göre çalışması yasaklanan yaş aralığında ve yasaklı işlerde veya çalışması yasaklanan koşullarda çalışan çocuklar çocuk işçi olarak nitelendirilmiştir. Bu yasaklar tehlikeli sayılan çalışmalar ile tehlikeli meslek, endüstri kolunu ya da işi kapsayabileceği gibi gece çalışmasını ve uzun süreli çalışmalarını da kapsayabilmektedir.

Türk İş Hukuku ise çocuk işçiyi, 14 yaşını bitirmiş 15'ini tamamlamamış ve ilköğrenimini bitirmiş çocuk olarak tanımlamaktadır. Görüldüğü üzere bu tanım uluslararası alandaki çocuk işçi tanımını karşılamamaktadır. Kaldı ki, ikinci bölümde detaylı olarak incelendiği üzere mevzuatımızda çocuk işçi kavramı sadece 14-15 yaş aralığını kapsamakta ve bu işçilerle 15-18 yaş arasındaki işçiler arasında hiçbir değişik düzenleme bulunmamaktadır. Kısacası, çocuk işçi diye farklı bir terminoloji benimsenmek suretiyle bu çocuklar açısından daha kapsamlı veya daha koruyucu düzenlemeler getirildiğini söylemek mümkün değildir. Sadece bu yaş grubundaki çocukların hafif işlerde çalışabilmesine imkan tanınmıştır. Ancak hafif işler için farklı çalışma standartları da oluşturulmamıştır.

Değerlendirmemiz sonucunda vardığımız sonuç, birinci bölümde incelenen uluslararası hukuktaki çocuk işçi tanımıyla, ikinci bölümde incelenen ve 14 yaşını bitirmiş 15'ini tamamlamamış ve ilköğrenimini bitirmiş çocuk olmak ve hafif işlerde çalışmak dışında hiçbir farklı düzenleme getirilmemiş olan iç hukuktaki çocuk işçi tanımının uyumlu olmadığıdır.

Bu halde iç hukuktaki çocuk işçi ile hafif iş arasındaki bağlantının sebebi gündeme gelmektedir. Değerlendirmemiz sonucunda vardığımız ikinci sonuç, uluslararası düzenlemelerin çocuk işçi ile hafif iş arasında bir bağlantı kurmadığıdır. Uluslararası sözleşmeler ve sözleşmelerin denetim organları asgari çalışma yaşını belirledikten sonra ülkelere hafif işleri ve bu işlerde çalışabilecek çocukları belirleme yetkisi tanımıştır, ancak bunun çocuk işçi tanımının içeriğinin değişmesiyle ilgisi yoktur. Asgari çalışma yaşı aşağı çekilebilir, belli yaş grupları için farklı işler ve standartlar belirlenebilir. Ancak herhalükarda çocuk işçi ülkelerin belirlendiği bu standartların altında çalışmayı ifade etmektedir.

Bu nedenlerle kanımızca Türk Hukuku'ndaki çocuk işçi kavramı 'çocuk işçiliği ile mücadele' politikalarında da karışıklıklara sebep olunmaması için uluslararası düzenlemelerle paralel hale getirilmelidir. Zaten çok sınırlı bir dönemi kapsayan çocuk işçi terimiyle genç işçi arasındaki tek fark bir senelik bir yaş döneminden ibarettir. Buna göre bu çocuklar sadece hafif işlerde çalıştırılabilmektedir. Ancak 15 yaşını tamamladıktan sonra da çalışan her çocuk için yaşına ve bünyesine uygun işte çalıştırılma zorunluluğu devam etmektedir. Dolayısıyla çocuğun sağlığı izin vermediği sürece sırf 15 yaşını tamamlamış olması hafif işler dışındaki işlerde çalışabileceği sonucunu doğurmayacaktır. Kanımızca çocukların çalışması söz konusu olduğunda asgari çalışma yaşının belirlenmesinden çok, iş sağlığı ve güvenliğine uygun işler konusu önem kazanmakta, yaş tek başına belirleyici olmamaktadır.

Üçüncü olarak, iç hukukta 4857 sayılı Kanun dışında çalışan çocukların korunmasız kaldığı ve diğer iş kanunları açısından 4857 sayılı Kanun'un çocuk işçi tanımını kullanmanın mümkün olmadığıdır. Çocuk işçi kavramı 4857 sayılı Kanun'a özgü bir kavramdır. Dolayısıyla diğer çalışma biçimlerine tabi olarak çalışan çocuklar, iç hukukta yeterli korunmadan yararlanamamaktadır. Oysa uluslararası hukuk açısından 4857 sayılı Kanun dışındaki işlerde çalışan çocuklar bu işler tehlikeli olduğu ölçüde çocuk işçi sayılmaktadır.

Sonuç olarak Türk Hukuku açısından çocuk işçi ve genç işçi ayırımı yerinde değildir. Tanımlar ayırt edici olmadığı gibi uluslararası hukukla uyumlu da değildir. Kaldı ki 4857 sayılı Kanun ve ona paralel çıkarılan Çocukların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik dışında çocuk işçi ve genç işçi tanımlarına Türk Hukuk mevzuatında da rastlanmamaktadır.

Kanımızca çalışan çocuklara ilişkin düzenlemeler tek kanun altında toplanmalı, bu kanunun belirlediği yeknesak düzenlemelere aykırı çalışan çocuklar da çocuk işçi kabul edilmelidir. Halihazırda tasarı aşamasında olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu içinde çocuk işçiliği konusunun düzenlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira konu iş sağlığı ve güvenliği ile yakın ilişki içindedir. Belirtildiği gibi çocuğun sağlığı izin vermediği sürece sırf 15 yaşını tamamlamış olması, hafif işlerden başka işlerde çalışabileceği sonucunu doğurmayacaktır. Konu açısından önemli olan sadece genel geçer asgari çalışma yaşının belirlenmesi değil, aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliğine uygun önlemlerin alınmasıdır. Konunun tek bir kanun tarafından düzenlenmesi hem şu anda hukukun koruması dışında kalan çocukların da korunma kapsamına alınmasını sağlayacak, hem de belirlenen standartların altındaki tüm çalışma biçimlerinin, çalışmanın hangi kanuna tabi olduğuna bakılmaksızın çocuk işçiliği sayılmasını mümkün kılacaktır.